



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

**Las formas jurídicas (pos)neoliberales desde Colombia:
el sistema de salud en las dinámicas lucro-destructivas del derecho útil al
capital**

Daniel Alzate Mora

Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Bogotá D.C., Colombia
2014

**Las formas jurídicas (pos) neoliberales desde Colombia:
el sistema de salud en las dinámicas lucro-destructivas del derecho útil al
capital**

Daniel Alzate Mora

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Doctor en Derecho

Director
Julio César Gaitán Bohórquez

Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Bogotá D.C., Colombia
2014

Sólo en un orden de cosas en el que ya no existan clases y antagonismo de clases, las *evoluciones sociales* dejarán de ser *revoluciones políticas*. Hasta que ese momento llegue, en vísperas de toda reorganización general de la sociedad, la última palabra de la ciencia social será siempre: "*Luchar o morir; la lucha sangrienta o la nada. Es el dilema inexorable*"

Carlos Marx, *Miseria de la filosofía*

Agradecimientos

En primer lugar quiero agradecer a la Universidad del Rosario, a su Facultad de Jurisprudencia y al programa del Doctorado en Derecho. A sus directivos como el personal administrativo por dejarme participar de la primera generación de su programa doctoral. Su apoyo académico, económico e intelectual fue fundamental para el desarrollo de mis estudios.

Un profundo agradecimiento a mi director de tesis, Julio Gaitán. La confianza depositada en mí, no sólo para este proceso, sino también en fases anteriores de mi crecimiento académico merece una especial mención. Mis estudios de maestría en derecho comparado en Italia fueron fruto de su apoyo en las gestiones para obtener una beca, así como en la discusión de la tesis final sobre las configuraciones coloniales del constitucionalismo gaditano. Su acompañamiento nutrió de forma inigualable y resultó fundamental para mi proceso doctoral –desde las gestiones administrativas, hasta la discusión y construcción de esta investigación–. Su orientación, apoyo y primordialmente la libertad para desarrollar este trabajo permitieron su culminación satisfactoria.

A Colciencias y su programa créditos-beca Francisco José de Caldas para doctorados nacionales, que me brindaron el sustento económico imprescindible durante dos años de estudios y que hicieron posible la pasantía en México.

A la Universidad Autónoma de México – UNAM y su Instituto de Investigaciones Jurídicas, en especial a Rodrigo Gutiérrez Rivas y al colectivo Radar que me acogieron en su grupo de investigación y discusión con el que pude enriquecer mi trabajo y discutir mis planteamientos. Un agradecimiento especial para Mylai Burgos Matamoros quién me brindó siempre su apoyo incondicional y su generosidad con el conocimiento; su lectura, crítica y retroalimentación de los primeros borradores fueron fundamentales para el resultado final de este trabajo. Asimismo, un agradecimiento profundo a Beatriz Stolowicz que con un cariño

entrañable discutió conmigo por largas horas los planteamientos teóricos, me brindó herramientas para analizar con detenimiento conceptos que en algunos momentos tomamos como «pensamiento crítico» pero que son construcciones naturalizadas por la hegemonía conservadora. Su aporte me permitió ampliar la mirada del análisis, brindándome elementos primordiales para la construcción conceptual. Los aportes valiosos construidos en México con un grupo de trabajo sólido permiten construir futuras líneas de trabajo comparativo para *Nuestra América*.

A mis padres que a lo largo de estos cinco años me apoyaron incondicionalmente en este trabajo, y en general a toda mi familia que siempre me acompañaron en este proceso.

Un agradecimiento muy especial para mi compañera Goretty Oviedo, que desde su formación disciplinar como antropóloga me ayudó a concebir más allá de la norma y la sentencia, la complejidad de los conflictos sociales, y las perspectivas críticas para su estudio. Su compañía a lo largo de toda esta investigación me brindó un apoyo intelectual y emocional imprescindible para concluir estos estudios; su lectura de cada borrador de este trabajo, con paciencia y ojo crítico me ayudó a revisar las incoherencias, inconsistencias y mejorar la fundamentación teórica y empírica del mismo.

A los compañeros de estudios con quienes trabajamos en discutir de forma rigurosa y crítica cada uno de nuestros proyectos y que también hicieron parte de este proceso.

Al grupo de trabajo de la Asociación Colombiana para la Exigibilidad del Derecho a la Salud – Salud al Derecho, que desde un principio me brindaron un espacio privilegiado para entender la compleja conflictividad de este campo y poder participar en la construcción de un movimiento social por la defensa del derecho a la salud.

Finalmente a todas las personas que participaron en la investigación que con sus experiencias aportaron elementos importantes para el análisis de la salud en Colombia.

Contenido

| | |
|--|------------|
| Introducción..... | 11 |
| Capítulo I El derecho útil al capital | 37 |
| 1. El moderno sistema-mundo y el imperialismo | 38 |
| 1.1. Acumulación por desposesión: el cercamiento de la salud como mercancía y su contradicción | 44 |
| 1.2. El imperialismo en salud: hacia la creación mercados rentables en salud a escala global..... | 48 |
| 2. Los (pos)neoliberalismos en América Latina | 59 |
| 2.1. La estrategia de los (pos)neoliberalismos desplegada en América Latina | 61 |
| 2.2. El laboratorio neoliberal y la doctrina del shock en Chile | 63 |
| 2.3. Del neoliberalismo como monetarismo al Consenso de Washington como (pos)neoliberalismo | 66 |
| 2.4. Del «Consenso de Washington» como neoliberalismo al (pos)neoliberalismo del informe del Banco Mundial: «Más allá del Consenso de Washington»..... | 67 |
| 2.5. El neodesarrollismo como actual posneoliberalismo | 69 |
| 3. La falacia positivista: El derecho moderno del modelo liberal-burgués..... | 74 |
| 4. El derecho moderno desde una perspectiva marxista: el derecho útil al capital | 76 |
| 4.1. El capital y su mistificación: el fetichismo de las mercancías..... | 78 |
| 4.2. Del fetichismo de la mercancía al fetichismo jurídico | 83 |
| 4.3. Mediaciones políticas: ¿La función «social» del derecho? | 92 |
| 5. Las formas jurídicas en los (pos)neoliberalismo en América Latina: el fetiche del constitucionalismo aspiracional..... | 98 |
| Capítulo II El (pos)neoliberalismo en Colombia a partir de su cambio constitucional y la política social en salud | 104 |
| 1. La avanzada (pos)neoliberal y el conflicto social y armado en Colombia: la doctrina del shock por medios (i)legales..... | 104 |
| 2. La inflexión posneoliberal del gobierno Gaviria (1990-1994) | 110 |
| 3. La nueva Constitución Política de 1991: pieza fundamental de la estrategia (pos)neoliberal | 116 |
| 3.1. Los antecedentes jurídico-políticos del proceso constituyente | 118 |
| 3.2. La convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente | 122 |
| 3.3. El Estado Social de Derecho: el elemento articulador del consenso (pos)neoliberal en Colombia | 124 |
| 4. El discurso de César Gaviria en la ANC sobre los derechos en la nueva Constitución | 131 |
| 5. La salud entre derecho y servicio público en la Constituyente de 1991 | 135 |
| 6. La política social en salud para Colombia | 140 |
| Capítulo III Las formas letradas del derecho útil al capital: el desarrollo de los dispositivos normativos del sistema de salud colombiano..... | 146 |
| 1. La transformación de la noción de salud al servicio del mercado a través de la noción contemporánea de servicio público..... | 148 |
| 1.1. La definición de la salud como servicio público y su carácter de esencial | 152 |
| 2. El proceso de reforma estructural del sistema de salud a través de la ley 100 de 1993 | 154 |
| 3. El complejo sistema de salud creado por la ley 100 de 1993 y sus múltiples reformas y regulaciones..... | 161 |

| | |
|--|-----|
| 3.1. De los subsidios a la oferta a los subsidios a la demanda: la transformación de los hospitales públicos para competir en la venta de servicios de salud | 164 |
| 3.2. La lógica del modelo de aseguramiento obligatorio en salud..... | 166 |
| 3.3. La estructura discriminatoria del sistema de salud. Los dos regímenes del aseguramiento según la clase social: régimen contributivo y régimen subsidiado y los excluidos del sistema llamados vinculados..... | 167 |
| 3.4. Las Entidades Promotoras de Salud EPS y el modelo de la competencia regulada | 171 |
| 3.4.1. Las funciones de registro y afiliación de los usuarios del sistema... | 172 |
| 3.4.2. El recaudo de la cotización por delegación del FOSYGA y la compensación | 173 |
| 3.4.3. La prestación del Plan Obligatorio de Salud POS | 175 |
| 3.4.4. Las EPS pasan a ser definidas como aseguradoras de la salud | 176 |
| 3.5. La libertad de elección y los planes de beneficios del seguro de salud .. | 179 |
| 3.6. El papel del Estado en el sistema de salud..... | 184 |

Capítulo IV El derecho útil al capital practicado en el sistema de salud en Colombia 190

| | |
|--|-----|
| 1. Las estrategias para la venta y compra de servicios de salud orientados por la rentabilidad financiera..... | 190 |
| 2. El camino hacia la destrucción del monopolio público y hacia la consolidación del oligopolio privado | 191 |
| 3. Las EPS de la teoría a la práctica | 196 |
| 3.1. El control sobre el plan de beneficios POS | 199 |
| 3.2. La definición de la prima para cubrir los servicios de salud. La Unidad de Pago por Capitación Política..... | 205 |
| 3.3. El control sobre la afiliación | 207 |
| 3.4. Las maniobras contables de las EPS..... | 209 |
| 3.5. El costo de la intermediación financiera en salud: las utilidades de las EPS..... | 212 |
| 4. El control extremo de costos. Las relaciones EPS – IPS | 214 |
| 5. Los itinerarios burocráticos de la salud | 217 |
| 6. El flujo de recursos en el sistema: el saqueo de los captadores de renta del sistema | 221 |
| 7. La descentralización: aparatos administrativos para la privatización del Estado | 223 |
| 8. El poder político de las EPS y las IPS | 225 |
| 8.1. El Ministerio de Salud y Protección Social y sus funcionarios. Intelectuales orgánicos al proyecto posneoliberal y puerta giratoria | 226 |
| 8.2. El financiamiento de los partidos políticos por las empresas de la salud | 230 |
| 8.3. Los intentos de salvamento financiero a las EPS | 231 |
| 8.4. El fracaso de los actos legislativos que intentan prohibir las EPS en Colombia | 234 |
| 9. El caso del Grupo Saludcoop..... | 239 |

Capítulo V Una interpretación al desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional: normalización de la justicia hacia el derecho útil al capital..... 246

| | |
|--|-----|
| 1. La interpretación amplia y garantista sobre el derecho a la salud en los inicios de la Corte Constitucional | 247 |
| 2. La jurisprudencia en la transición entre los sistemas de salud | 253 |

| | | |
|--|---|------------|
| 3. | Las primeras decisiones hacia la normalización de la justicia en salud ... | 259 |
| 3.1. | El derecho a la salud en conexidad con el mínimo vital..... | 259 |
| 3.2. | El análisis sobre el pago de los servicios no POS | 262 |
| 4. | Los ajustes al sistema de salud a partir de la jurisprudencia constitucional | 267 |
| 5. | Las sentencias de reiteración: la producción fadista de la jurisprudencia en salud. El repliegue de la justicia constitucional al derecho útil al capital | 270 |
| 6. | Un intento minoritario de profundizar la normalización de la justicia en salud: las aclaraciones de voto de las sentencias T-1207/01 y T-654/04..... | 277 |
| 7. | La cooptación de la tutela por parte de las EPS. El problema de los recobros | 289 |
| 8. | Un precedente jurisprudencial nefasto: el hecho superado en salud..... | 293 |
| 9. | La sentencia T-760/08: la consolidación de la normalización de la justicia en salud | 295 |
| 9.1. | La salud como derecho fundamental autónomo: simplificación argumentativa | 298 |
| 9.2. | Consolidación de la regla para el acceso a los servicios no POS. Un cambio en la gramática constitucional | 303 |
| 9.3. | La órdenes generales: fallas regulatorias y cumplimiento de la ley 100 de 1993 | 304 |
| 9.4. | El cumplimiento de las órdenes generales de la sentencia T-760/08: la emergencia social en salud..... | 306 |
| 9.5. | Posibilidades, límites y peligros de la sentencia T-760/08..... | 312 |
| 10. | La Justicia normal en salud: otra forma útil al capital | 316 |
| Capítulo VI Las vivencias del orden (pos)neoliberal en salud: Emiliano y Esperanza y su lucha por el derecho a la salud | | 323 |
| Conclusiones | | 350 |
| Bibliografía..... | | 359 |

Lista de abreviaturas

| | |
|--------------|--|
| ACEMI | Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral |
| ANC | Asamblea Nacional Constituyente |
| ANTOHC | Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social, Integral y Servicios Complementarios de Colombia |
| APS | Atención Primaria en Salud |
| ARS | Administradoras del Régimen Subsidiado |
| BDDA | Base Única de Datos de Afiliados al Sistema |
| BID | Banco Interamericano de Desarrollo |
| BM | Banco Mundial |
| CIA | Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (siglas en inglés) |
| CLAD | Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo |
| CNSSS | Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud |
| CONPES | Consejo Nacional Política Económica y Social |
| CRES | Comisión de Regulación en Salud |
| CTC | Comité Técnico Científico |
| DIAN | Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales |
| DNP | Departamento Nacional de Planeación |
| EPS | Entidades Promotoras de Salud |
| EPS-S | Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado |
| EPS-C | Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo |
| ESE | Empresas Sociales del Estado |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| FOSYGA | Fondo de Solidaridad y Garantías |
| IPS | Institución Prestadora de Salud |
| ISS | Instituto de Seguros Sociales |
| LIFT | Entidades Financieras de Mejora Local, Inglaterra (siglas en inglés) |
| OMC | Organización Mundial de Comercio |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| OPS | Organización Panamericana de la Salud |
| P3s | Asociaciones Público-Privadas, Canadá (siglas en inglés) |
| PARS | Programa de Apoyo a la Reforma |
| PFI | Iniciativa de Financiación Privada, Inglaterra (siglas en inglés) |
| POS | Plan Obligatorio de Salud |
| POS-C | Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo |
| POS-S | Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado |
| RUAF | Registro Único de Afiliados al Sistema de la Protección Social |
| SGSSS | Sistema General de Seguridad Social en Salud |
| Sentencia T | Sentencia de tutela |
| Sentencia C | Sentencia de constitucionalidad |
| Sentencia SU | Sentencia de Unificación |
| SIC | Superintendencia de Industria y Comercio |
| SNS | Sistema Nacional de Salud (Inglaterra) |

| | |
|--------|--|
| SISBEN | Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales |
| SISPRO | Sistema Integrado de Información de la Protección Social |
| UPC | Unidad de Pago por Capitación |

Introducción

El capitalismo ha tenido profundos efectos destructivos en la vida de las personas y en la cotidianidad de las relaciones humanas (R. Vega, 2013). La concentración de la riqueza económica y el poder político acumulado han permitido que élites transnacionales intensifiquen la lucha de clases a favor del capital (Harvey, 2007a), entendido no sólo desde el punto de vista del capitalista, quién ejerce un derecho de propiedad privada exclusivo y excluyente; sino también como proceso complejo que está en constante movimiento que adquiere diversas manifestaciones concretas, ya sea como dinero, mercancías, medios de producción, etc., y se expresa en la contradicción como objeto / proceso de forma simultánea (Harvey, 2014). Con el auspicio de los Estados nacionales, dichas élites han logrado consolidar grandes extensiones de propiedad privada y han obtenido beneficios como derechos inalienables, mientras que, al mismo tiempo, ha producido la pauperización creciente de la mayoría de la población.

Los efectos de la explotación humana del capitalismo han sido naturalizados, entendidos como parte del devenir histórico, o del funcionamiento del mundo contemporáneo; tales como la «corrosión» que el capitalismo produce sobre el carácter de los trabajadores, haciendo que progresivamente sus propósitos de vida se pierdan y la ambición de generar riqueza triunfe sobre otros deseos (Sennett, 2000).

Un caso extremo de dicha corrosión es el descrito en Japón como «*karoshi*», expresión que literalmente significa “muerte por exceso de trabajo”. La explotación laboral sobre el cuerpo del trabajador es de tal magnitud, que las personas mueren o sufren los impactos que ocasionan derrames cerebrales o ataques cardíacos, en el afán del capital por ser más productivo y eficiente (Kamio, 1995-1996; Nishiyama & Johnson, 1997).

El impulso de consumo ilimitado, como dinámica cultural capitalista, genera dependencia y cuadros depresivos (Moreira & Sloan, 2002). Chile ejemplifica un

caso de depresión clínica asociado a la «estrategia de choque» (Klein, 2007) y las continuidades históricas entre la dictadura y los procesos pos-dictatoriales (Han, 2007). Lo anterior representa un continuo de exclusiones que generan profundos sufrimientos en las subjetividades de personas señaladas como militantes durante la dictadura y marginales durante el régimen neoliberal (Han, 2007).

El neoliberalismo, entendido como proyecto político para el restablecimiento del poder de clase (Harvey, 2007a) ha impuesto formas de “acumulación por desposesión” a nuevas esferas que antes eran controladas y monopolizadas por el Estado, hacia la apertura de la libre competencia y la mercantilización. De tal forma que los procesos de acumulación por desposesión y expropiación ya no están sólo dirigidos hacia el trabajo y la naturaleza como fuentes de riqueza (Marx, 1974 [1867]), sino que la extracción de plusvalor se amplió hacia los derechos económicos, sociales y culturales como la educación, la vivienda, alimentación, y la salud.

Los más recientes desarrollos analíticos de la relación entre capitalismo y salud evidencian cómo la propia atención de las enfermedades y los sistemas de salud son «objeto de deseo» (Cantor Renán Vega, 2010) para la acumulación por parte de las empresas transnacionales, farmacéuticas, biotecnológicas y el llamado complejo médico industrial (Iriart, 2008; Relman, 1980). Éste se ha catapultado a través de los Estados nacionales y sus formas jurídicas que favorecen la creación de mercados de la salud (Abadía y Estrada, 2007-2008; Panitch y Leys, 2009), a través del paradigma privatizador hegemónico en América Latina (Iriart, Merhy, y Waitzkin, 2001; Stocker, Waitzkin, e Iriart, 1999). Este nuevo supuesto «avance» en las políticas públicas en salud han permitido dar un nuevo uso a la provisión de servicios de salud individuales y colectivos: profundizar las desigualdades propias del capitalismo, justificadas por el uso manipulado del discurso globalizador de los derechos humanos (Rylko-Bauer y Farmer, 2002).

Objeto de investigación, preguntas y síntesis del argumento

El problema de investigación propuesto para la tesis doctoral se enmarcó en el campo de la salud, sin embargo, su desarrollo supuso modificaciones a las preguntas iniciales que pretendía resolver. Al inicio la pesquisa partió de la experiencia en la elaboración de un proyecto de difusión del derecho a la salud en las comunidades indígenas asentadas en el Bajo Apaporis y Tiquié del departamento del Vaupés.

El proyecto planteaba la construcción de un diálogo intercultural entre la política pública de salud formulada desde el Estado, partiendo desde el nivel central, pasando por los programas departamentales y municipales para llegar a las necesidades en salud de las comunidades indígenas. En particular, me proponía investigar el desarrollo del programa “maternidad segura”, formulado desde la Secretaría de Salud del Vaupés el cual tenía como finalidad reducir las tasas de mortalidad infantil y madres gestantes por causas evitables. Mi pregunta de investigación en ese momento se enmarcaba en cómo el derecho podía permitir la construcción de un diálogo intercultural de reconocimiento de las diferencias sobre la salud, en aras de construir un desarrollo armónico, de diálogo horizontal y complementariedad entre las políticas estatales y la cosmovisión indígena. En términos disciplinares, la investigación planteaba analizar la relación del derecho y los elementos de la antropología social y las políticas de reconocimiento.

El desarrollo investigativo requería un estudio a profundidad de la política pública de salud y su incorporación de la interculturalidad para el respeto de los usos y tradiciones de las comunidades sobre la salud, de acuerdo con los mandatos de la Constitución Política de 1991. En principio, consideré que el Estado colombiano, a través de la ley 691 del 2001 avanzaba en una forma de reconocimiento (Fraser, 1997) de los grupos étnicos a sus diferencias y cosmovisiones sobre la salud, en tanto que dicha norma establecía una serie de reglas especiales para la

participación de estos grupos dentro del sistema general de seguridad social en salud.

No obstante, me preocupaba que el reconocimiento se diera en los términos del propio sistema de salud, y el supuesto diálogo intercultural quedara reducido a la posibilidad de crear empresas aseguradoras indígenas; o a ciertas prerrogativas y con una aparente inclusión de la medicina tradicional, sin alterar el conjunto de servicios y medicamentos definidos por el sistema, ni el desarrollo en la prestación de los servicios hacia la garantía del derecho fundamental a la salud, ante el bajo impacto en la modificación del sistema de salud.

A partir del cuestionamiento sobre las formas de reconocimiento y la interculturalidad que proponía el Estado, la pregunta de investigación se fue desplazando hacia la comprensión más detallada y profunda de la nueva configuración de la salud y el marco de política pública para su prestación. De nuevo en términos disciplinares, los elementos antropológicos fueron mostrando las profundas contradicciones en las experiencias de vida de quienes en el marco del Estado Social de Derecho deben acudir al sistema de salud.

La necesidad de comprender a profundidad la configuración del derecho a la salud en Colombia y su especificidad para los pueblos indígenas me condujo a ampliar la mirada sobre la problemática de las barreras y dificultades de la garantía de dicho derecho. En efecto, las indagaciones sobre el proceso de transformación de los servicios de la salud a inicios de los años noventa se caracterizaban por un momento político hacia la apertura y conformación de nuevos mercados, la llegada del «constitucionalismo aspiracional» y la persistencia de un cúmulo de dispositivos jurídicos, que aparecían transversales a este proceso. Desde las transformaciones tempranas de la ley 10 de 1990, pasando por la transformación que introdujo la Constitución Política de 1991, la configuración especial del sistema de salud a partir de la ley 100 de 1993 y sus múltiples modificaciones, las regulaciones del poder ejecutivo, las sentencias de los jueces constitucionales,

hasta las acciones del movimiento social que busca la transformación del sistema. Desde esta perspectiva, encontré que las formas jurídicas están presentes en diferentes formas y en función de intereses diversos y contrapuestos.

Este estudio me condujo finalmente a modificar las preguntas iniciales de la investigación, ya no enmarcadas dentro del uso del derecho para la construcción de supuestos diálogos interculturales desde la estructura del sistema de salud, sino que desde una perspectiva crítica indagar por el lugar y el papel que cumple el derecho en la complejidad del conflicto social en la configuración y transformación de la salud desde inicio de los años noventa en Colombia.

De tal forma que el desarrollo de la investigación me llevó a preguntarme por los procesos a través de los cuales se realizó la reforma estructural al sector salud; en qué ideas fue inspirada la reforma; la preeminencia del discurso de la economía de la salud y la hegemonía de los economistas para la configuración del sistema y su desarrollo desde el Ministerio de Salud; cómo entender el aumento de las acciones de tutela en salud e interpretar la garantía del derecho a partir de las órdenes de los jueces de tutela; cómo comprender el papel de las aseguradoras privadas y la relevancia de prestadores privados para la provisión de servicios de salud, en medio de diversos escándalos de corrupción y desfalco de recursos públicos y captura del Estado; era la jurisprudencia de la Corte Constitucional la respuesta acertada para conjurar la crisis de la salud y lograr avanzar en la garantía de este derecho fundamental.

A partir de estas inquietudes se formula la pregunta más amplia acerca de ¿cuáles son los usos (y abusos) sobre el derecho en el proceso de transformación de la salud en Colombia?

El argumento que aquí se defiende es que se ha usado y abusado del derecho para la construcción, desarrollo y sostenimiento del proceso de acumulación por desposesión en salud en Colombia en su fase (pos)neoliberal. Entendiendo el

derecho como campo, los diversos agentes que intervienen luchan por la construcción de una hegemonía que se traduzca en formas jurídicas que favorezcan los procesos de acumulación de capital y que permitan perpetuar la acumulación por desposesión, en una compleja dialéctica entre la distinción que planteo de un «derecho letrado» y el «derecho practicado», dentro de los límites que caracterizo como el “derecho útil al capital”. Mientras que los sujetos subalternos buscan usar y también abusar del derecho cuando los márgenes interpretativos y de acción lo permiten, en aras de la garantía y protección de su derecho fundamental a la salud, a través de la estrategia de los mecanismos jurídicos constitucionales, en especial, la acción de tutela. Sin embargo, la respuesta de los jueces constitucionales de tutela, en especial de su máxima instancia, la Corte Constitucional, ha sido un proceso de “normalización” de la justicia hacia los dictados del “derecho útil al capital”.

Ubicación espacio-temporal del trabajo de investigación

En la década de los noventa, Colombia se convierte en el laboratorio para la experimentación de la nueva configuración de los sistemas de salud en América Latina. La reforma al sistema general de seguridad social fue sustentada en las ideas entonces en auge sobre la privatización, creación de nuevos mercados y reducción de las funciones sociales del Estado. La prestación de servicios de salud en Colombia se transformó hacia los subsidios a la demanda, a través del modelo de aseguramiento bajo la regulación, vigilancia y control del Estado (Jaramillo, 1999).

La importancia de Colombia en el marco Latinoamericano de reformas neoliberales y posneoliberales radica en el carácter social que se imprime en las reformas como el cambio constitucional y el nuevo sistema de salud, el cual ha llegado a ser calificado en el año 2000 como el mejor a nivel mundial en materia de equidad financiera en cuanto a la transferencia de recursos de quienes aportan a

quienes no tienen recursos. Este fenómeno ubicó a Colombia en la primera década del siglo XXI como el primer país con un sistema solidario de financiación.

Este nuevo sistema de salud quedó plasmado en la ley 100 de 1993, que desarrolló las discusiones sostenidas al interior de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la concepción de la salud como servicio público, y la participación del sector privado en su prestación, en un marco constitucional que intentó armonizar las tendencias hacia el libre mercado, con el reconocimiento de los derechos sociales y la definición del Estado colombiano como “Social de Derecho”.

Tras diez y nueve años de puesta en marcha de esta política pública experimental, los defensores de la reforma le atribuyen importantes avances en la cobertura del aseguramiento, la reducción de los gastos de bolsillo, y el incremento de los recursos públicos destinados a la salud que ha traído el nuevo modelo sanitario. Si bien reconocen algunas falencias en el sistema, no consideran que las mismas sean estructurales o que requieran un cambio de fondo, sino de ajustes que deben darse a una experimentación que ha demostrado ser exitosa. Para corregirlas, los defensores argumentan la necesidad de mayor regulación, el fortalecimiento de los mecanismos de vigilancia y control que permitan atacar los focos de corrupción, y la generación de una cultura del acatamiento de la ley a todos los actores que intervienen en el sistema de salud.

De forma simultánea, y ante la negativa para proporcionar los servicios de salud por parte de las aseguradoras, los usuarios exigen a través de demandas de acción de tutela el cumplimiento del mandato constitucional del goce efectivo de los derechos sociales. Por este motivo, el litigio en materia de salud tuvo un crecimiento exponencial, que generó que la acción de tutela y los jueces constitucionales empezaran a reconfigurar el sistema, afirmando la protección del derecho a la salud dentro de la Constitución, en el marco del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, el elevado número de acciones de tutela interpuestas y ante la posibilidad de un colapso en el sistema de administración de justicia, la Corte Constitucional emitió la sentencia T-760/08. En ella, tras reconocer a la salud como un derecho fundamental autónomo, dictó una serie de medidas generales para que las instituciones del sistema tomaran los correctivos regulativos necesarios para la garantía del derecho a la salud. A su vez, se esperaba que con estas órdenes se generara una disminución en el uso de la acción de tutela, aspecto que fue planteado por la Corte como indicador de resultado del cumplimiento de la sentencia y las órdenes generales dictadas con el fin de conjurar la judicialización de la salud y lograr una garantía y protección efectiva de la salud, sin que las personas tenga que recurrir a la acción de tutela.

Ante las dificultades que venía atravesando el sistema de salud, el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez a finales de año 2009 decretó el estado de excepción, denominado “emergencia social en salud”. Esta figura jurídica facultaba al presidente para tomar medidas extraordinarias con el fin de resolver la crisis financiera del sistema de salud, sin necesidad de ser debatidas en el Congreso. A su vez constituyó una respuesta autoritaria ante el aumento de los servicios por fuera del marco regulativo y amparado por los jueces constitucionales, que terminó siendo la respuesta del gobierno para dar cumplimiento a las órdenes generales dictadas por la Corte Constitucional.

Esta profundización del modelo de la ley 100 de 1993 provocó un vasto rechazo por el conjunto de la sociedad, que desencadenó diversas movilizaciones sociales en contra de dichas medidas. Finalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-252/10, declaró parcialmente inconstitucionales los decretos de la emergencia social.

En el año 2011 los organismos de control del Estado presentaron a la opinión pública graves casos de corrupción en el sistema de salud, en especial, de las

aseguradoras privadas. En sus denuncias quedaron en evidencia un conjunto amplio de prácticas fraudulentas para establecer mecanismos de acumulación de capital con los dineros de la salud. Al mismo tiempo, se denunció que la falta de recursos económicos generó prácticas perversas como el cierre de hospitales, mayores negaciones de los servicios y una crisis sanitaria en el país.

Estado de la cuestión

En los estudios jurídicos sobre el derecho a la salud priman los análisis de dogmática jurídica. Estos estudios comprenden las construcciones en el ámbito internacional, en el contexto más amplio de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre los diversos instrumentos internacionales que desarrollan dicho derecho y la construcción de sus intérpretes autorizados (Abramovich & Curtis, 2008). En el ámbito local, el análisis se ha concentrado en la descripción de las diversas reformas legislativas, las reglas para los aportes al sistema de seguridad social en salud, y el análisis y sistematización de la interpretación de la Corte Constitucional sobre este derecho (Arbeláez, 2006; Cortés, 2007).

Ante el amplio desarrollo jurisprudencial que ha recibido el derecho a la salud, la dogmática jurídica ha dado cuenta de este importante precedente judicial, en diversos aspectos: la construcción del concepto del derecho fundamental autónomo de la salud; las reglas jurisprudenciales para la inaplicación de las normas del sistema de salud ante la vulneración del derecho fundamental; la exigibilidad judicial por la vía de acción de tutela, y los requisitos para su procedencia, entre otros aspectos (Arango, 2008). También se han desarrollado análisis sobre la configuración de la salud como un derecho fundamental para los grupos vulnerables, concentrándose en las reglas jurisprudenciales definidas por la Corte Constitucional para estos grupos poblacionales (Quintero, 2011).

Otros estudios menos descriptivos, se han ocupado de analizar, por ejemplo, la ponderación entre la garantía del derecho a la salud, y la libertad económica para

la explotación de este servicio público, ambos principios amparados por la Constitución Política de 1991 (Gañan, 2010). Se han realizado análisis de la interpretación de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud en un esfuerzo por explicar a los economistas la lógica y razonamiento jurídico, que no coincide con los diagnósticos económicos (M. D. E. López, 2008a; C. A. G. Rodríguez, Bernal, & Gutiérrez, 2012). Otros trabajos se han dirigido hacia la construcción de un concepto amplio del derecho a la salud que supere los márgenes en que se ha configurado y permita avanzar en su comprensión integral (De Currea, 2003).

Por otra parte, el estudio sobre el “desarraigo” de las instituciones del sistema de salud que han conducido a la actual crisis, y cómo la sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional con sus órdenes generales de mayor regulación, pueden generar el “re-arraigo” necesario para darle salida a la crisis de la salud (Lamprea, 2011). En esta misma línea, se ha analizado cómo los jueces constitucionales pueden, a través de su activismo, introducir equidad en el sistema de salud y formas de control sobre las políticas públicas, analizando a profundidad la sentencia T-760/08 y las consecuencias políticas de dicha decisión (Ely & Gloppen, 2013; Gargarella, 2011; Gianella, Parra, Ely, & Torres, 2010; Lemaitre & Young, 2013; Moestad, Rakner, & Motta, 2011; Parra & Ely, 2011; Quinche Ramírez & Rivera, 2010; Yamin & Parra-Vera, 2009a, 2009b, 2010; Yamin, Parra-Vera, & Gianella, 2011).

Líneas teóricas marco

El planteamiento teórico que sirvió de guía para este trabajo es el pensamiento crítico, desde diversas corrientes y perspectivas, haciendo énfasis en la obra de Carlos Marx y la tradición marxistas heterodoxa posterior. En la primera parte hago uso de los análisis del geógrafo David Harvey y sus planteamientos sobre la forma en cómo se actualiza la acumulación originaria propuesta por Marx en el Capital, hacia los procesos de acumulación por desposesión y el nuevo

imperialismo. A partir de estos planteamientos analizo la transformación de la salud, en diferentes escalas, a nivel mundial en el marco del imperialismo. Los procesos de acumulación de capital en América Latina se estudian desde la dialéctica del neoliberalismo / (pos)neoliberalismo propuesta por Beatriz Stolowicz, pensadora que recupera el pensamiento crítico latinoamericano de la teoría de la dependencia y la lectura marxista desde *Nuestra América*.

La perspectiva marxista me permitió entender el capitalismo no sólo como modo de producción, sino también como forma de estructuración de la sociedad, que implica transformaciones y adecuación del Estado y el derecho, en tanto que, existe una relación estrecha entre la economía capitalista y las estructuras político-jurídicas que permiten su expansión y desarrollo (Tigar & Levy, 1978). Este el punto nodal de la investigación, que en términos disciplinares, busca indagar por la relación que tiene la economía política con el derecho, sus formas en cómo se complementan, pero también como se contradicen y rechazan, relación que pretendemos rastrear a través del desarrollo del sistema de salud colombiano.

Los análisis jurídicos de la relación economía y derecho, que han abandonado los elementos políticos de la misma, tienden a resaltar su complementariedad, e incluso llegan a expresar la subordinación de los elementos jurídicos a la alienación economicista del libre mercado y la competencia, perspectiva de análisis desarrollada principalmente por el análisis económico del derecho (Mercado, 1994). Una posición moderada y gradualista ha sido desarrollada por teóricos como Boaventura de Sousa Santos (2009) que plantean la capacidad del derecho de imponer límites y barreras al capitalismo arrollador y destructor de la vida, por la vía de regulaciones, controles y un fuerte activismo judicial. En ambos casos, considero que estos aparatos teóricos no han logrado avanzar en un análisis más profundo y detallado sobre esta relación, que permita comprender las contradicciones y fracturas entre economía política y derecho, avanzar en una comprensión en sus formas de complementarse, en tanto que en ambos casos se termina reivindicando al derecho como instrumento para el cambio social, ya sea

para profundizar el capitalismo y su pensamiento único, o como un mecanismo con capacidad para disciplinar y disponer de límites y controles sobre los poderes económicos.

Extrapolando estas perspectivas a los términos de los debates en teoría jurídica, considero que estas posturas se enmarcan en el debate general acerca del derecho natural, o el iusnaturalismo y el iuspositivismo. El análisis económico del derecho busca establecer la naturaleza del desarrollo social a través de las inexorables leyes del mercado (Mercado, 1994). Por otra parte, el enfoque gradualista se aproxima al esquema iuspositivista, en tanto que el derecho, y el imperio de la ley, tienen la capacidad desde sus enunciados normativos de regular y establecer procedimientos para su control de la sociedad.

Sin que este trabajo investigativo logre zanjar dicho debate, consideramos que desde la perspectiva crítica marxista, el ser y deber ser del derecho no proviene del derecho mismo, ya sea natural o positivo, sino de las construcciones sociales e ideológicas que operan dentro de una sociedad en un lugar y momentos concretos. Si bien se plantea que el análisis marxista del derecho constituye un paradigma superado por reduccionista y mecanicista que no logra comprender a profundidad y de forma detallada y matizada la complejidad de los fenómenos jurídicos, y a pesar que el marxismo dogmático desarrolló un análisis estéril, no considero que toda la perspectiva marxista sea desechada y no ofrezca un análisis crítico de las formas jurídicas. Contrario a ello, considero que esta perspectiva de análisis brinda un marco conceptual que permite enfocarse desde el materialismo histórico y la dialéctica como método de indagación sobre la construcción social e ideológica del derecho en el marco y desarrollo del capitalismo.

En consecuencia, planteo recuperar la perspectiva crítica y dialéctica del pensamiento de Marx y los estudios marxistas heterodoxos sobre el derecho, que se inscriben dentro de la tradición del comunismo jurídico (Rivera Lugo, 2013). Si

bien no existe en la amplia obra de Marx un estudio comprensivo y detallado sobre el derecho, su análisis se encuentra disperso a través de diversos textos, su desarrollo de la economía política y el materialismo histórico me permite avanzar desde esta tradición de pensamiento crítico en el estudio del fenómeno jurídico.

Para el estudio del derecho partimos desde la economía política de los muertos, que desarrolló Marx en el *Capital* y que ha sido analizada a profundidad por Neocleous y MacNally (2013), que permite una aproximación hacia la estructura del capitalismo, y en análisis del fetichismo de la mercancía. En este punto retomo los análisis marxistas del derecho de Evgeny Pashukanis, uno de los principales juristas que avanzó en desarrollar un análisis crítico del derecho en su estrecha relación con el capitalismo como modo de producción, su mutua complementariedad, y su análisis del fetichismo jurídico.

En este punto propongo la categoría “derecho útil al capital”, a través de la cual analizo el uso y abuso de la forma jurídica en el desarrollo del sistema de salud, que me permita rastrear cómo esta utilización de los mecanismos jurídicos permiten, fomentan y desarrollan la acumulación por desposesión en salud. A su vez, los sujetos que se resisten a que el derecho sea utilizado y abusado para la acumulación de capital, y sea su única utilidad. En consecuencia, exploro los usos y eventuales abusos por las clases subalternas que explotan la mediación política a través de los mecanismos jurídicos, apoyándome en los análisis del derecho como campo (Bourdieu, 2000) y los análisis de Lenin, Gramsci, Castro y Guevara que recupera Julio Fernández Bulté (2005), hacia una comprensión de las funciones sociales del derecho.

En el análisis jurisprudencial sobre el derecho a la salud, principalmente de la Corte Constitucional y sobre el carácter progresista de sus fallos, retomo los planteamientos de Nancy Fraser. Esta autora ofrece una reflexión sobre el “horizonte de la teorización política contemporánea” (Fraser, 1997), que está enmarcada en lo que denomina, la «condición postsocialista», caracterizada por: i)

la inexistencia de una alternativa omnicomprensiva como lo fue en su momento el socialismo; ii) las nuevas exigencias de justicia ancladas en el reconocimiento de las diferencias y el abandono de las cuestiones sobre la redistribución; y iii) el surgimiento del neoliberalismo globalizante, que incorpora una agresiva mercantilización y un crecimiento desmesurado de las desigualdades materiales (Fraser, 1997). Si bien Fraser reconoce estar inmersa en este horizonte «postsocialista», su propuesta teórica apunta a desmarcarse de ella para exponer una reflexión crítica sobre la misma.

La autora plantea la configuración de la justicia normal, anclada a los tres elementos descritos como la condición postsocialista. Estos planteamientos nos permiten construir el análisis del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional como un proceso de “normalización” de la justicia, hacia los postulados del derecho útil al capital, analizando críticamente el carácter progresista y garantista de la Corte en su jurisprudencia sobre el derecho a la salud.

Como punto final sobre las líneas teóricas del trabajo, el análisis crítico sobre el campo jurídico que avanza esta investigación, no se concentra en un solo agente, como hasta el momento lo ha hecho la dogmática jurídica a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para el caso de la salud. Planteo que para dar cuenta del derecho en su conjunto y como totalidad, no es suficiente en análisis jurisprudencial, sino sus diversas manifestaciones en el marco de la configuración actual del Estado y su relación con el capitalismo, su momento actual, y las particularidades del caso colombiano.

Ruta metodológica

La complejidad de la realidad socio-política exige dentro del campo académico que sea fragmentada en categorías y subcategorías para su abordaje y posterior comprensión. La investigación complementó el ejercicio de división en categorías

con el proceso de deconstrucción analítica con el fin de aprehender los elementos a simple vista imperceptibles de la configuración, ejercicio, garantía y vulneración del derecho a la salud en el contexto (pos)neoliberal.

Así mismo cobra relevancia hacer explícita la vinculación que tuve a lo largo de mi búsqueda de la problemática de investigación con colectivos que luchan por la reforma del sistema de salud en Colombia que dieron grandes aportes a la mirada crítica no sólo del derecho como herramienta para el despojo y expropiación sobre la salud, sino también sobre el uso estratégico de dichos mecanismos para contrarrestar dicho poder, así como la importancia de las experiencias en los cuerpos e historias de vida de quienes deben/tienen que padecer el poder y la acumulación capitalista en salud. Estos valiosos encuentros y desencuentros fueron moldeando lo que se convirtieron finalmente en cada uno de los capítulos de este documento.

Las elecciones metodológicas si bien parecieran ser de libre escogencia de acuerdo a los objetivos del proyecto, para mi caso particular debieron irse ajustando a lo largo de la investigación. Esto, haciendo referencia a que la propuesta inicial no incluía el estudio de caso de Emiliano pero dada la importancia de presentar las interconexiones y niveles microsociales a los que llega el derecho útil al capital decidí incluir un caso emblemático de las estrategias utilizadas por los actores del sistema para hacer uso de la acumulación capitalista por desposesión, que toca las fibras más íntimas y sensibles de la naturaleza humana.

La ruta metodológica entonces fue propuesta a partir de la deconstrucción y comprensión simultánea de dos campos de análisis: el jurídico y el social.

Campo Jurídico:

La apuesta teórico-conceptual me obligaba a que las herramientas metodológicas respondieran de forma coherente con esta perspectiva de análisis. Sin embargo, esto planteaba dificultades ante el poco desarrollo que ha tenido en el campo del derecho de metodologías para el estudio de lo jurídico, y la poca reflexión que este aspecto ha ocupado a los abogados y los teóricos del derecho, en especial, de la dogmática jurídica (Courtis, 2006).

Para el análisis jurídico recupero las reflexiones de Courtis (2006) de analizar los elementos que están “*detrás de la ley*”; a partir de las reflexiones que avanza el autor acerca del análisis ideológico sobre el derecho y que la investigación pretenden complementar con el análisis del fetichismo jurídico. Retomar esta construcción metodológica me permitió avanzar una mirada sobre el derecho que superara la visión dominante en la dogmática jurídica de no ver más allá de los aspectos formales de las norma.

En segundo lugar, considero que esta metodología me permite tender puentes y articulaciones con los desarrollo que ha tenido el análisis de la ideología y el fetichismo en el campo de las ciencias sociales, con los desarrollo específicos y puntuales para el derecho; pero aunado a lo anterior la investigación plantea que este tipo de articulaciones y puentes no sea desde postulados epistemológicos o teorías generales, sino desde un problema concreto, el derecho a la salud en el marco de las transformaciones a inicios de los años noventa en Colombia.

Desde la perspectiva del comunismo jurídico y su conceptualización del derecho, se adoptó la distinción que planteó el realismo estadounidense entre el derecho en los libros y el derecho en acción (law in books / law in action) (Courtis, 2006), pero retomo el trabajo del latinoamericanista Angel Rama (1984) y su ensayo de la ciudad letrada. Su propuesta teórica y epistemológica sobre la construcción de la ciudad latinoamericana, se puede trasladar al análisis jurídico, en donde se

tensiona sus formas “letradas”, esto es, la forma en como el derecho se expresa a través de diversas formas escritas, pero que contrasta con las formas “practicadas”, hacia la comprensión de cómo opera el derecho en su interpretación, aplicación y puesta en marcha de los textos jurídicos, o en contravía de la letra de la ley. Esta diferenciación metodológica que será ampliada en el texto me brindó una herramienta para analizar la inmensa producción normativa en salud, pero a su vez, brindar una interpretación sobre su poca eficacia y cumplimiento.

Desde el análisis ideológico y del fetichismo sobre el derecho rastreo la forma en cómo la acumulación por desposesión en salud se expresa a través de las formas jurídicas del Estado, desde las leyes que emite el legislador, pasando por las regulaciones del Ministerio de Salud y en general en Gobierno Nacional, pero también haciendo énfasis en la uso y abuso que sobre dichos marcos normativos emplean los diversos agentes, como las empresas aseguradoras privadas, los prestadores de los servicios de salud, entre otros.

El análisis jurisprudencial merece una mención especial. La dogmática constitucional y en general los análisis sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional han tendido a resaltar el carácter progresista, garantista y de vanguardismo social que ha llevado a cabo la jurisprudencia de esta Corporación. Sin embargo, en el curso de la investigación se me planteó la paradoja en que al mayor número de decisiones judiciales amparando el derecho a la salud era mayor la vulneración y negación de este derecho fundamental. Motivo por el cual me impulsó a indagar por la construcción ideológica y fetichista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de comprender en el marco y desarrollo del derecho útil al capital, cuál era el papel de los jueces en el proceso de transformación de la salud.

Para ello retomé los análisis sobre la amplia y prolija jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Constitucional en materia del derecho a la salud, con el fin

de identificar las principales sentencias, o sentencia de carácter hito (López, 2007) que me permitieran evidenciar el desarrollo histórico de las decisiones de la Corte e identificar las variaciones o continuidades en sus análisis.

A partir del marco teórico de la teorización política contemporánea que ofrece Nancy Fraser (1997; 2008) y en especial sobre las teorías de la justicia, enmarcado en la condición postsocialista, el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional se concentró en la “normalización de la justicia”, en tanto que el carácter progresista y con un carácter social fuerte en las primeras decisiones de la Corte Constitucional, que intentaban romper con la acumulación por desposesión en salud se fue acotando y acomodando a los mandatos del “derecho útil al capital” hasta alcanzar su total coincidencia con la sentencia T-760 del 2008.

Campo Social:

La metodología del campo social de la investigación se enmarcó en la Investigación-Acción-Militancia (Fals-Borda, 1973; Serbin, 1976), que me involucró como investigador, pero también como parte de la ciudadanía insurgente (Holston, 2008) en la medida que desde hace 4 años estoy vinculado con Salud al Derecho, ONG que trabaja por la exigibilidad del derecho a la salud, a través del asesoramiento y el litigio estratégico en salud. A su vez participé durante dos años en el Movimiento Octava Papeleta. En este sentido se cuenta previamente con una aproximación al campo y a los actores fundamentales en la discusión de la mirada crítica de la configuración del derecho a la salud en Colombia. Espacios de discusión privilegiados de análisis, acción y militancia.

La investigación se situará desde la teoría constructivista social crítica para el análisis de la información. Con ello se pretende que la interpretación que aquí se propone resulte no sólo del involucramiento del investigador con el campo de estudio, sino que también emerjan del mismo trabajo de campo, y permita, en ejercicios futuros, la comparación de estas iniciativas locales con otras similares.

El trabajo de campo fue arduo y complejo en materia de consignación de información y sistematización de la misma, dejando de manifiesto que mucha información recolectada reposa en archivos personales para futuros análisis. El trabajo de campo comprendió múltiples espacios con el fin de rastrear con amplitud de perspectivas críticas y espacios de discusión la conflictividad en torno al derecho a la salud. La participación como miembro de colectivos reconocidos en espacios conjuntos de discusión y construcción de forma permanente a lo largo de dos años con el objetivo de comprender a profundidad la problemática de la crisis del sistema de salud y sus impactos en la población colombiana.

Más allá de explicar y comprender cada uno de estos espacios en la investigación, estos me permitieron nutrir el trabajo con elementos relevantes para la reflexión sobre el objetivo de la investigación. Los espacios en los que se interactuaron fueron:

1. Comisión de seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008: Espacio creado por organizaciones sociales en Enero de 2009 para identificar y presentar informes ante el monitoreo y seguimiento de la Corte Constitucional sobre los avances y retrasos en el cumplimiento de las órdenes generales de dicha sentencia. Este espacio me permitió avanzar en una visión crítica sobre el papel de la Corte Constitucional, y empezar a explorar el alcance limitado y reducido en que la sentencia permitía una transformación sobre el sistema de salud y comprender las causas estructurales de la crisis de la salud.
2. Reuniones de la iniciativa Octava papeleta y el juicio ético y político al negocio de la salud: La vinculación a este espacio se dio por invitación del colectivo de abogados que formaba el equipo de trabajo de octava papeleta, espacio en donde surgió la iniciativa de la formulación y ejecución del Juicio ético y político al negocio de la salud y los máximos responsables de la vulneración del derecho a la salud en Colombia, el Estado y las EPS.

Esta participación permitió dilucidar con mayor claridad aquellas categorías que se establecen como transversales a la crítica del sistema tal como intermediación financiera, lucro, acumulación de capital, sufrimiento y corrupción. Los análisis adelantados por el grupo de trabajo nutrieron de manera importante la presente investigación al expresar de forma indirecta la utilidad de las normas nacionales para el beneficio de las aseguradoras del sector salud.

3. Capítulo salud del Movimiento Político y Social Marcha Patriótica: En el marco de la expresión del interés de vastos sectores sociales y populares que buscan eliminar las causas y condiciones estructurales de la problemática que configura el actual conflicto social, político y económico y armado que vive el país, se participó en la configuración del sector salud de esta colectividad, para posicionar el debate de la crisis del sector, en el marco general de la agenda política de Marcha Patriótica a nivel Distrital y Nacional. Este espacio me permitió afianzar las primeras consideraciones sobre el papel de los jueces y el uso de la acción de tutela, así como el malestar generalizado de los colectivos sociales sobre el actual sistema de salud.
4. Audiencias Distritales Públicas de Salud: Presentación de los avances y cumplimiento de metas de los planes de desarrollo por parte de las instituciones del sistema como la Secretaría Distrital de Salud y la red pública hospitalaria. Eventos que pusieron de manifiesto nuevamente la crisis de los hospitales públicos por las dificultades en materia de financiación y pago sus acreedores, principalmente, las aseguradoras privadas.
5. El apoyo a la senadora Gloria Inés Ramírez (2010-2014) como integrante de la Comisión VII Constitución Permanente en donde se discuten todos los aspectos relacionados con la salud y la seguridad social, en donde llevé a cabo una asesoría *ad honorem*, sobre los debates de control político, la presentación de proposiciones y constancia en materia de salud. Este espacio me brindó una visión comprensiva del sistema de salud, la

interacción de los diversos actores, las formas de presión y participación que las aseguradoras privadas tienen en los espacios políticos y de definición de las políticas públicas en salud, así como los intentos de denuncia que desde la izquierda se hacía sobre el sistema de salud.

Desde esta postura emerge el problema con el compromiso y la objetividad de la investigación, en la medida que este trabajo involucró un grado importante de compromiso por atacar las causas estructurales del sistema de salud, que permitan avanzar a la construcción de un nuevo modelo de salud. En este punto me gustaría retomar los análisis de Immanuel Wallerstein cuando reflexiona sobre el sistema mundo y su comprensión desde la totalidad, frente a los intereses contrapuestos que esto conlleva. Al respecto señala Wallerstein:

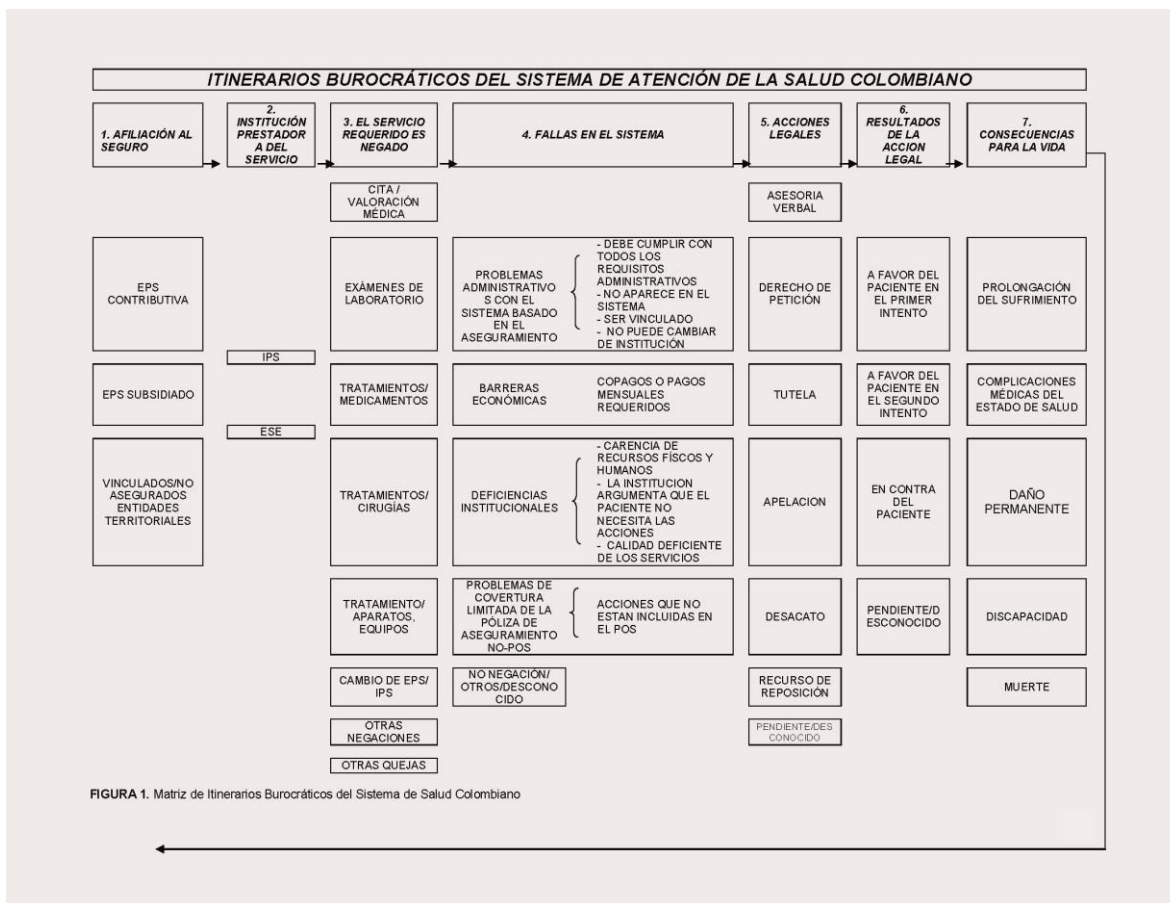
“El problema del compromiso depende de la imagen que tengamos de una buena sociedad. En la medida que queramos un mundo más igualitario y libertario, hemos de comprender las condiciones bajo las cuales estos estados del ser son razonables. El hacerlo requiere en primer de una clara exposición de la naturaleza y la evolución del sistema mundial moderno hasta hoy, y la gama de desarrollos posibles en el presente y en el futuro. Tal clase de conocimiento supondría poder. Y en el marco de mi compromiso sería un poder que resultaría especialmente útil para aquellos grupos que representan los intereses de la parte mayor y más oprimida de la población mundial” (Wallerstein, 2011 [1980], p.17).

El caso de Emiliano expresa la materialización de la acumulación por desposesión en salud, para lo cual se siguió la propuesta de análisis de Itinerarios Burocráticos para los sistemas de salud de Abadia & Oviedo (2009). Los itinerarios burocráticos son *"demandas obligatorias administrativas, financieras y jurídicas que se imponen en los pacientes para acceder a los servicios o recibir una atención adecuada. [...] los cuales se componen de las luchas por el acceso a la atención en salud por parte de las/os ciudadanos, las fallas estructurales del funcionamiento del sistema,*

y las consecuencias perjudiciales en la vida de las personas" (Abadia & Oviedo:2009:13).

El caso de Emiliano tiene como finalidad demostrar que: *"la atención en salud no depende de las necesidades de las personas o de la valoración médica, pero sí del cumplimiento exitoso de las normas administrativas del sistema y los costos financieros (nuevas barreras de acceso y calidad). Cuando es imposible recibir la atención necesaria, el acceso depende de conocer y realizar acciones legales, cuyos resultados se basan no sólo en las interpretaciones de los jueces, sino también en el cumplimiento de los fallos por parte de las instituciones".* (Abadia & Oviedo:2009:13) (cursiva propia).

Para ello se siguió la propuesta de los autores de realizar entrevistas semi estructuradas y conversaciones cortas con el fin de obtener un panorama completo de los elementos relevantes para afrontar las negativas por parte del sistema de salud (Kleinman y Seeman, 2000) que lograran la saturación de información. El capital social, cultural y económico se convierten en fundamentales para lograr con éxito la respuesta del sistema a las necesidad básica en materia de servicios de salud.



Finalmente y con el fin de validar los avances de la investigación en espacios académicos se hicieron presentaciones en congreso nacionales e internacionales como:

- Mención Honorífica de la Beca Presidente Néstor Kirchner para la formación de jóvenes líderes de América del Sur. Observatorio Latinoamericano (OLA) / The New School, Nueva York, Estados Unidos. Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, Argentina.
- Seminario Internacional Derechos, Democracia y Pueblos: Debates desde el republicanismo democrático y el pluralismo jurídico. Organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, línea de investigación de derechos, conflictos socioambientales y política. Universidad Nacional Autónoma de México (2014) Ciudad de México. México.

- Global School on Socio Economic Rights course on Health Rights Litigation at the Francois Xavier Bagnoud Center for Health Human Rights. Harvard University (2012). Boston. Estados Unidos.
- I Congreso de Estudios Poscoloniales y II Jornadas de Feminismo Poscolonial (Cruzando Puentes: Legales genealogías y memorias poscoloniales) organizado por el Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín con el auspicio de Clacso y la Biblioteca Nacional (2012) en Buenos Aires. Argentina.
- XIV Congreso Nacional de Antropología Proceso de construcción de la Nación Colombiana en el Contexto Latinoamericano. Simposio Antropología y Derecho: Construcción de Diálogos trasndisciplinarios desde perspectivas críticas. Universidad de Antioquia (2012). Medellín. Colombia.
- II Seminario de Teoría Crítica. Organizado por el Departamento de Ciencias Básica. Universidad de Antioquia (2010). Medellín. Colombia.
- II Congreso Internacional y V Nacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política. Universidad Libre (2010). Bogotá. Colombia.

Es importante resaltar que los diversos rumbos tomados en mi investigación estuvieron íntimamente relacionada con mi vinculación al grupo de investigación de Antropología Médica crítica de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia y al grupo de investigación en Derecho Público línea de gestión pública y pluralismo jurídico de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Estructura temática

En el primer capítulo se desarrollará los elementos teóricos y conceptuales para el abordaje y análisis del problema de investigación propuesto. En este capítulo se toma como punto de partida el sistema-mundo capitalista en su momento imperial y su manifestación en los sistemas de salud, a través de la acumulación por desposesión. De allí pasamos al proceso de reconfiguración del

(pos)neoliberalismo en América Latina. Este amplio marco nos permitirá comprender los mecanismos jurídicos desde una perspectiva distinta, en donde retomamos los análisis marxistas sobre el derecho, a partir de los postulados del jurista soviético Pashukanis (1976), para construir la categoría de «derecho útil al capital».

El segundo capítulo se concentra en el contexto colombiano y la recepción del (pos)neoliberalismo, a través del concepto “Estado Social de Derecho”, en donde se desarrolla un análisis del proceso del cambio constitucional de 1991 y la configuración de la salud como un servicio público.

El tercer capítulo se ocupa de la configuración del derecho útil al capital desde el concepto de la ciudad letrada de Rama (1984) que aquí desarrollamos bajo el la categoría del «derecho letrado». Concretamente nos ocupamos de la configuración desde la letra de la ley de la acumulación por desposesión en salud, desde la ley 100 de 1993 y sus reformas y regulaciones con el objeto de evidenciar las disposiciones normativas útiles y favorables a la acumulación de capital.

El cuarto capítulo analiza la configuración del derecho útil al capital en la modalidad que definimos como «el derecho practicado», esto es, la forma en cómo se utiliza y se practica, se usa y se abusa del derecho letrado útil al capital por los diversos actores, dando cuenta de los usos tanto legales como ilegales para la acumulación en salud.

El quinto capítulo se concentra en la llamada judicialización de la salud. Ante el uso reiterativo y masivo de mecanismos jurídicos como la acción de tutela para la protección del derecho a la salud, los jueces constitucionales han desarrollado una amplia jurisprudencia, considerada por la dogmática constitucional como progresista y dirigida a la protección del derecho a la salud. Aquí proponemos una interpretación divergente sobre este desarrollo jurisprudencial, que en lugar de

afirmar su protección y garantía, desarrolla un proceso de «normalización» de la justicia en salud hacia los postulados del derecho útil al capital.

Finalmente, el sexto capítulo presenta las experiencias de Emiliano y Esperanza por la defensa del derecho a la salud, que pone de manifiesto en experiencias subjetivas las discusiones del derecho útil al capital, en sus formas letradas y practicadas, la normalización de la justicia, así como las consecuencias y usos diversos que los sujetos dan a dichas expresiones.

El documento finaliza con unas conclusiones que más que dar por terminada la discusión trata de ser una provocación al lector para abrir el debate sobre la salud en Colombia, en tanto este trabajo explora tan solo una de sus muchas aristas.

Capítulo I El derecho útil al capital

En este capítulo nos concentramos en explorar los elementos teóricos y conceptuales utilizados para la construcción de una interpretación que avance en comprender la forma en cómo se estructura y configura el derecho en el mundo contemporáneo. A partir de estos elementos teórico-conceptuales nos proponemos construir el «lente» desde el cual observaremos el desarrollo del campo jurídico del sistema de salud.

Para desarrollar esta exploración teórico-conceptual proponemos como punto de partida los planteamientos de Wallerstein (2011 [1980]) sobre el moderno sistema-mundo capitalista, y su fase actual, el imperialismo (Harvey, 2004b, pp. 39-74; C. R. Vega, 2011b, pp. 65-102). A partir de estos planteamientos nos ocupamos por las traducciones que tienen las formas imperiales sobre la salud, haciendo especial énfasis en la acumulación por desposesión en salud.

Desde este marco de análisis pasamos a considerar la reconfiguración espacial que establece el capitalismo en América Latina, en tanto espacio en donde las crisis del capital han encontrado formas para relanzar la tasa de ganancia y profundizar la acumulación; pero a su vez, resistencias y descomposición social, dado que el capital no resuelve las crisis que crea, sino que son desplazadas geográficamente (Harvey, 2007b, pp. 332-365).

Para ello, retomamos las investigaciones de Stolowicz (2012), quien se ha ocupado de analizar a partir de la dialéctica destrucción / reconstrucción, la estrategia dominante que ha imperado en América Latina para dar continuidad al proyecto capitalista, incluso allí donde los gobiernos alternativos han inaugurado un cambio de época, al pasar al momento «posneoliberal».

Todo este amplio contexto tiene por objeto avanzar en una interpretación del derecho moderno como producto histórico que ha sido afectado por los cambios y transformaciones del desarrollo del capitalismo, en especial de su avanzada

neoliberal, y como argumentaremos, en los diversos momentos (pos)neoliberales para el caso de América Latina.

1. El moderno sistema-mundo y el imperialismo

La sociología estadounidense interpretó a partir de los planteamientos de Max Weber en su obra *la ética protestante y el espíritu del capitalismo* (Weber, 2012 [1905]), que la modernización y el desarrollo económico requerían de la existencia necesaria de ciertos tipos de valores previos. Se establecía un orden jerárquico entre los distintos países para verificar su existencia o surgimiento de dichos valores en la carrera hacia el progreso.

Por lo tanto, los países pobres estaban obligados a alcanzar a los ricos, modernizar sus estructuras productivas, agrarias y sociales. Los países ricos eran el modelo al que debían semejarse los países pobres, por lo que van a ser asumidos bajo las formas de países en vía de desarrollo, desarrollo relativo, o subdesarrollo (Wallerstein, 2011 [1980], pp. XIV-XVI).

Immanuel Wallerstein (2011 [1980]), a partir de su categoría del sistema-mundo criticó dicha narrativa, en la medida en que el capitalismo no podía ser estudiado de forma aislada, país por país. Retomando los análisis de la teoría de la dependencia de los años sesenta y setenta que surgió en América Latina (Spicker, Álvarez, & Gordon, 2009, pp. 279-280), el sociólogo e historiador estadounidense propuso que la historia del capitalismo debía ser estudiada como un sistema, el cual abarca las relaciones económicas, sociales, políticas y culturales que surge a finales del siglo XV y principios del siglo XVI con la economía mundo europea (Wallerstein, 2011 [1980], p. 93). Su análisis trazó una interconexión entre las formas desiguales de desarrollo de los diversos países, asociada al rol hegemónico de las economías centrales con la polarización y la desigualdad (Aguirre, 2007, pp. 19-20).

Tras la caída del muro de Berlín (1989) y la desintegración de la Unión Soviética (1991), se sentenció el fin del «socialismo realmente existente» como alternativa al sistema capitalista. Algunas voces triunfalistas denominaron este periodo como el «fin de la historia» (Fukuyama, 1992), en donde el capitalismo se presentaba como el último escalón de la evolución social, y a partir de allí, se expandiría a escala planetaria. Se inauguró la llamada «tercera revolución industrial» sustentada en el cambio tecnológico (Vega, 1997, pp. 155-221).

Estos hechos generaron el desarrollo de diversas categorizaciones sobre el mundo contemporáneo. Desde la nueva era de la información y la sociedad «red» que desarrolló el sociólogo catalán Manuel Castells, pasando por el análisis del filósofo italiano Antonio Negri en su *bestseller* junto Michael Hardt, «Imperio» y el concepto más difundido de “globalización” (R. Vega, 2011, pp. 20-65).

A pesar de las diferencias de cada una de estas caracterizaciones del mundo contemporáneo, estas conceptualizaciones coinciden en señalar el carácter irresistible e irreversible de los intercambios económicos y culturales, la desaparición de la soberanía del Estado-nación y el predominio de las compañías multinacionales, entre otros aspectos; en síntesis, se trata de un proceso del ascenso de las relaciones multilaterales, de la «paz perpetua» en donde las antiguas divisiones norte-sur, o primero, segundo o tercer mundo han quedado superadas ante *“la descentralización de la producción y la consolidación del mercado mundial, las divisiones internacionales y los flujos de trabajo y capital se han fracturado y multiplicado, (...)”* (Negri & Hardt, 2000, p. 195).

La era del Imperio, la aldea global, y la metafísica de la globalización, desde esta perspectiva, marcan el fin del «sistema-mundo capitalista» desarrollado por Wallerstein y los teóricos de la dependencia. Se impuso el acta de defunción a la tradición del pensamiento marxista ante la caída del muro de Berlín y el bloque socialista. Desde la emergencia de la «condición de la posmodernidad» (Harvey, 2008, pp. 359-393) se resaltó el carácter permanente e irreversible del capitalismo.

Se abandonó el análisis sistémico-estructural, así como la noción de imperialismo por el uso estandarizado del término globalización. Se trata de la emergencia de las pequeñas historias, que desecha los meta-relatos de la totalidad (Grüner, 2002, pp. 11-32)

Sin embargo, estas lecturas deben ser abordadas cautelosamente, como lo explican en la nota introductoria en el libro colectivo de Samir Amin, Giovanni Arrighi, André Gunder Frank e Immanuel Wallerstein (1990), el cual aparece precisamente en el momento en que estas supuestas «transformaciones» se están produciendo. Los autores afirman que:

“(…) [los] dramáticos eventos de la “Europa del Este” no modifican el patrón del desarrollo de la economía-mundo capitalista. Por el contrario, encuentran que estos hechos refuerzan su análisis acerca de los movimientos sociales, anti-sistémicos, y populares, que representan el lugar clave de la transformación social, y tanto sus fracasos como sus victorias están transformando la revolución” [traducción libre] (Amin, Arrighi, Frank, & Wallerstein, 1990, p. 8).

Los análisis críticos sobre la globalización y la noción de “Imperio” como la plantea Negri y Hardt (Borón, 2004; Kohan, 2002; R. Vega, 2011) se han encargado de develar el carácter desmovilizador tanto teórico como político de estas propuestas, por su extremo fatalismo, y su confirmación del fin de la historia.

En contraposición a estas nociones, la categorización del «moderno sistema-mundo» capitalista, e «Imperialismo» dan cuenta del actual momento del capitalismo, como producto de una serie de decisiones consentidas de avanzar en dicha dirección, de profundización del modelo de explotación capitalista, así como del carácter opresor que caracteriza las relaciones internacionales, que envés de superar el modo de producción capitalista, los acontecimientos históricos contemporáneos confirma su vigencia y poder explicativo (R. Vega, 2011, pp. 65-67).

Sin embargo, no se trata de un regreso a la «era del imperio 1875-1914» (Hobsbawm, 2011b), en tanto que la sociedad capitalista ha sufrido diversas transformaciones desde entonces, sino más bien la emergencia de un «nuevo imperialismo» (Harvey, 2004b, pp. 79-109), que conserva las formas de dominación y explotación del capital con algunas transformaciones (R. Vega, 2011, p. 66).

A continuación se expone una caracterización sintética y esquemática, del imperialismo, como categoría de análisis que permite comprender el mundo contemporáneo y la realidad jurídica que aquí se pretende presentar. Los análisis de Renán Vega (2011, pp. 67-87) son muy útiles en tanto ilustra con un amplio detalle histórico, documental y teórico cada uno de estos elementos del imperialismo. Siguiendo la síntesis propuesta por el autor, el imperialismo se caracteriza por los siguientes elementos:

a) La *“explotación de las fuerza de trabajo en el sur y el este del mundo”*. El capitalismo no ha podido prescindir del trabajo asalariado que se evidencia en la emergencia de las antiguas formas de explotación laboral, con la novedad de la emergencia de una mano de obra calificada, de la “nueva economía” o los “analistas simbólicos”. La aceptación de los Estados de este modelo ha significado que el derecho laboral quede petrificado en la letra de la ley, en donde se imponen las formas flexibles de contratación y la emergencia de la contratación civil hacia la precarización laboral. Los salarios tienen poco poder adquisitivo, y mantienen diferencias importantes en relación a los demás países imperialistas. También está presente el ocaso de las organizaciones sindicales y la criminalización de las organizaciones de trabajadores. El sur y el este del mundo, como fuerza de trabajo, representan para el imperialismo contemporáneo el ejército universal de reserva, del cual incluso pueden prescindir, por la vía militar y las hambrunas generalizadas. Asistimos a la emergencia de un «capitalismo sin ciudadanía» en

que la regulación está a cargo del mercado, donde el Estado privilegia la represión y el control policivo.

b) La *“hegemonía del capital financiero y la oligopolización de la economía mundial”*, en donde el capitalismo financiero, haciendo uso de los avances en las telecomunicaciones, han logrado presentarse como una fuente de riqueza. Durante las 24 horas del día se están desarrollando transacciones financieras a escala mundial. Es la expresión extrema del fetichismo del dinero, que se produce sin la necesidad de la explotación laboral. La hegemonía del capital financiero ha sido impulsado por las instituciones transnacionales para la economía y el desarrollo (FMI, BM, OMC) en donde pocas compañías controlan la (des) regulación de los más importantes sectores productivos: petróleo, tecnología, industria, entretenimiento, etc., pero su dominio superó las fronteras de los Estados nacionales, para su difusión a nivel planetario.

c) La *“extracción acelerada de materias primas y recursos naturales”*, a pesar de la sustitución de algunas materias primas, la tendencia es hacia la explotación intensiva de los recursos naturales generando la reprimarización de las economías de los países periféricos, que los utilizan para pagar la deuda externa. La relación metrópoli-periferia se sigue dando desde los recursos que han caracterizado dicha relación, pero con el agravante de su depreciación en los precios internacionales. Esto ha generado su mayor explotación, con las consecuencias ambientales que acarrea, y la «guerra comercial silenciosa» a través de tratados de libre comercio para la apropiación de dichos recursos. También la emergencia de brotes de nacionalismo económico frente a los cuales el poder imperial, como el que ostenta Estados Unidos, se manifiesta a través de su brazo militar como sucedió en Iraq. Este control es crucial entre las potencias imperiales, con el fin de *“mantener su estilo de vida, despilfarrador y consumista”* ;

d) La *“exportación neta de capitales desde el sur hacia el norte”*. A través del pago de la deuda externa los países pobres se someten al aumento de los

intereses, a las condiciones del FMI y el BM con sus medidas como los “planes de ajuste estructural” para así garantizar su pago, la devaluación de las monedas y el recorte en los gastos sociales;

e) *Las «disputas interimperialistas»*, de la triada Estados Unidos, Alemania y Japón, por el control de los recursos naturales, en especial el petróleo, como lo ejemplifica el caso de la guerra permanente en el Sudoeste Asiático y la oposición de Francia, Alemania y Rusia a la invasión de Estados Unidos y sus aliados a Iraq. Desde la segunda guerra mundial no ha existido un conflicto militar directo, pero las pugnas imperiales se dan en el espacio del mundo periférico;

f) El *“militarismo y el nuevo reparto imperialista del mundo”*, en tanto que la guerra ha pasado a ser una industria altamente rentable para solventar la crisis económica estadounidense. El complejo militar-industrial desde la Guerra Fría ha estado al servicio de diversos conflictos bélicos. A su vez, la guerra ha permitido invadir y someter a los países al régimen imperial, como el caso de Vietnam y Yugoslavia; y en términos geopolíticos, mantener regímenes que apoyan irrestrictamente el dominio de Estados Unidos como el caso de Israel y Colombia. Siendo la guerra consustancial al imperialismo;

g) Las *“diversas formas de dependencia colonial/neocolonial”* y agregaríamos *poscolonial* evidentes en la ideología de la lucha contra el terrorismo, la guerra preventiva y la expansión de la libertad y la democracia de la mano del mercado, al establecimiento de gobiernos lacayos a los intereses imperiales; así como la vía de los tratados de libre comercio ya mencionados;

h) El *“renacimiento del racismo”* y el retorno del paradigma socio-biológico para demostrar la inferioridad de las *“razas oscuras”*. “El neoliberalismo proporciona una nueva justificación racista que ha hecho reaparecer el miedo a las *“clases peligrosas”* (a los pobres) porque son incapaces de salir de su miseria, son

rígidos e ineficaces y se resisten a la *“flexibilidad”, en una palabra, no son modernos”*.

Teniendo en cuenta los elementos característicos del imperialismo, concluimos que dicho concepto tienen una importancia en términos teóricos y políticos importante. Para comprender y enfrentar las formas actuales de opresión, así como las que vienen operando históricamente en el Sur del mundo, desde una perspectiva de larga duración, el concepto de imperialismo evidencia su relación con la expansión mundial del capitalismo como sistema-mundo, y permite examinar críticamente el supuesto cambio de época y transformación, cuando se adoptan rótulos más benignos como el de “globalización”(R. Vega, 2011, p. 87).

1.1. Acumulación por desposesión: el cercamiento de la salud como mercancía y su contradicción

A continuación exploramos la relación que tiene el capitalismo con la salud para comprender en qué consiste la acumulación por desposesión sobre la salud, siguiendo los análisis teóricos marxistas que se han ocupado de avanzar los planteamientos de Marx (Bonefeld, 2012; De Angelis, 2012; Harvey, 2004a, 2004b; Midnight Notes Collective, 2012; Vega, 2012).

En el primer tomo del Capital, Marx analizó el capitalismo desde el punto de vista de la producción, y en su capítulo XXIV se ocupó de “La llamada acumulación originaria”. Como explica Harvey (2010, p. 289) en este capítulo Marx discutió los postulados de la economía política clásica, en especial con Adam Smith, sobre el proceso de cambio de mercancías. Para Smith este proceso tiene lugar en un mercado atomizado en donde la libertad, la equidad, la propiedad y el ideal utilitarista de Bentham son la regla general, por lo que todos los intercambios de mercancías tienen lugar en un ambiente no coercitivo en donde tienen pleno funcionamiento las instituciones liberales.

Sin embargo, Marx desarrolló una deconstrucción de este relato del utopismo liberal, en tanto que dicho proceso no permite dar cuenta cómo el dinero, las

mercancías, los medios de producción, entre otros, se convierten en capital. Para entender la acumulación de capital sin caer en el círculo vicioso de dinero-capital-plusvalía-nuevo capital como explicó Marx, resulta preciso considerar la acumulación “originaria” o *“previous accumulation”* como la denominó Adam Smith.

Según Marx, la acumulación originaria no ha sido el momento idílico, como ha sido descrito por la economía política burguesa, sino que por el contrario, dicho proceso se ha llevado a cabo a través de la violencia: la conquista, la esclavización, el robo y el asesinato (Marx, 1974 [1867], p. 607) La acumulación originaria que describió Marx remite al proceso histórico de formación de las condiciones esenciales para el establecimiento del modo de producción capitalista, *“la historia del pecado original económico. Según Marx: “la llamada acumulación originaria no es, pues, más que el proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción”* (Marx, 1974 [1867], p. 608).

En la descripción de este proceso histórico, Marx relató en detalle la expropiación de la tierra rural, el cercado de terrenos comunales, y la reducción de amplios sectores de la población a su propia fuerza de trabajo como el único sustento de vida, para ser vendido en el naciente mercado laboral. Sin embargo, Marx consideraba la acumulación originaria como una forma pre-capitalista. En este sentido afirmó que: *“Se le llama “originaria” porque forma la prehistoria del capital y del régimen capitalista de producción”* (Marx, 1974 [1867], p. 608).

La acumulación primitiva ha sido objeto de análisis por varios teóricos marxistas, entre ellos Lenin, Luxemburgo, Dobb, Amin y Wallerstein que desde diferentes aproximaciones y perspectivas históricas plantean la continuidad de la acumulación primitiva, avanzando en los planteamientos elaborados por Marx (Bonefeld, 2012; De Angelis, 2012, pp. 3-5).

El geógrafo David Harvey acuñó el término de «acumulación por desposesión» (Harvey, 2004a, 2004b) retomando los análisis desarrollados por estos marxistas, planteando la permanencia de la acumulación originaria, que no

se limitó a un pasado lejano, por el contrario, es una característica estructural del capitalismo.

Nuestro mundo contemporáneo nos confronta a diario con estas formas de acumulación y su persistencia, como por ejemplo la esclavitud, que según el «Global Slavery Index 2013» de la “Walk Free Foundation” existen actualmente 30 millones de personas esclavizadas (Jansen, 2013). Desde una perspectiva histórica de larga, mediana y corta duración Renán Vega (2013) identificó cinco grandes procesos de despojo a en los últimos cinco siglos a saber:

“la expropiación de la tierra y sus bienes comunes (la naturaleza); la expropiación del cuerpo de seres humanos para someterlos en sus propios territorios (amerindios) o convertirlos en esclavos y llevarlos con violencia al otro lado del mundo (africanos); la expropiación del producto del trabajo de artesanos y campesinos; la expropiación del tiempo de los trabajadores y sus costumbres; y, la expropiación de sus saberes” (C. Renán Vega, 2013, p. 13)

La acumulación por desposesión en salud la podemos rastrear a partir de la agenda para la reforma del BM, que tomaba como punto de partida una estricta división entre los bienes públicos y los bienes privados. Como lo señalara Marx en sus artículos sobre el robo de leña (Marx, 2007 [1842], pp. 25-77) podemos equiparar dicha diferenciación a las estrategias de acumulación originaria. A partir de una división conceptual, se propone reducir los bienes públicos para una ampliación de los bienes privados a los que se debe acceder a través del mercado. La división de la salud como bien público, privado y mixto fue planteada en el informe del Banco Mundial en los siguientes términos:

“Puede ser útil clasificar los bienes y servicios provistos por el sistema de salud, de acuerdo con quiénes reciben sus beneficios. En un extremo están los bienes netamente privados, cuyos beneficios son captados totalmente por la persona que recibe el servicio de salud, y en el otro extremo se hallan los bienes puramente públicos, cuyos beneficios perciben por igual todos los miembros de la sociedad.

Una aspirina ingerida para calmar un dolor de cabeza constituye un buen ejemplo de bien de salud puramente privado. La fumigación para proteger a todas las personas de una enfermedad infecciosa se aproxima mucho a un bien de salud netamente público. Muchos servicios de salud son de tipo mixto; el consumidor percibe algunos beneficios puramente privados, pero otros también se benefician del consumo del servicio por esa persona. El individuo al cual se vacuna recibe un beneficio de protección de carácter privado, pero hay otros que también se benefician puesto que se reduce su exposición a la enfermedad.”(Birdsall & Ferranti, 1987, p. 697)

Desde estos desarrollos conceptuales, el BM pretendió establecer una agenda para la reforma de los sistemas de salud a nivel mundial que se sustentara en la división entre bienes públicos y privados. De esta forma, se configuraría una especie de mercado, en donde la salud se reduce a una mercancía de consumo, en donde su acceso está mediado por un precio en dinero, el cual es financiado por las personas que requieran acceder a dicho el servicio. El Estado quedaría reducido a los bienes públicos que generan beneficios mixtos, como los programas promoción y prevención de la salud.

Esta noción de bien privado individual consolida el proceso de mercantilización de la salud, que logra reducir la atención a la enfermedad en una mercancía. Marx (2011 [1867], pp. 43-45) explicó que toda mercancía encierra dos tipos contrapuestos y contradictorios de valor. Como valores de uso, las mercancías están destinadas a la satisfacción de necesidades humanas; y como valores de cambio, representa el equivalente (precio) por el que se intercambia el valor de uso, representado en la proporción de la mercancía-dinero, más una ganancia.

Siguiendo los análisis de Harvey sobre las 17 contradicciones del capitalismo (Harvey, 2014, pp. 15-24), la contradicción entre valor de uso y valor de cambio radica en su antagonismo mutuo, en la anulación el uno por el otro; o se ejerce un

derecho de propiedad privada exclusiva y excluyente sobre una mercancía que es útil por sus características; o se conserva una mercancía que es el equivalente universal (dinero). Según Marx *“Como valores de uso, las mercancías representan, ante todo, cualidades distintas; como valores de cambio, sólo se distinguen por la cantidad: no encierran, por tanto, ni un átomo de valor de uso”* (Marx, 1974 [1867], p. 5).

La salud como mercancía tiene un valor de uso extremadamente valioso para los seres humanos, ya que permite el tratamiento de las enfermedades, mejoramiento de las condiciones de existencia, orgánica, social y cultural, que generan procesos de curación o de tratamiento y reducción de la enfermedad. Pero como también tiene un valor de cambio, la acumulación por desposesión está generando que quienes producen la salud como mercancía se preocupen sólo como un valor de cambio, el cual tiende a tener primacía en tanto reporte ganancias y utilidades para sus productores, reduciendo y modificando sus valores de uso en función de los beneficios económicos. En consecuencia, cuando la contradicción valor de uso / valor de cambio se aloja en la mercancía salud, la opción es entre el mejoramiento de funciones vitales o el empeoramiento de las condiciones de la enfermedad, o incluso la muerte.

1.2. El imperialismo en salud: hacia la creación mercados rentables en salud a escala global

El imperialismo en salud se manifiesta con fuerza en las reformas a los sistemas de salud con el ascenso del neoliberalismo en el norte global con los gobiernos de Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en Inglaterra. A partir de los organismos multilaterales se introdujo el pensamiento único en América Latina sobre la atención a la enfermedad, sustentado en la distinción de la economía neoclásica¹ entre bienes públicos y bienes privados.

¹ César Giraldo explica el enfoque neoclásico así: “El pensamiento económico neoclásico supone una sociedad compuesta por individuos egoístas racionales (maximizadores) [...] que actúa con una racionalidad instrumental, es decir utiliza los diferentes medios para satisfacer sus necesidades. Cada individuo vale por su propio interés de manera que debe actuar en el contexto

A modo de informes técnicos, que luego van a ser reformulados como recomendaciones para el sur global, se impone una agenda para la reforma de los sistemas de salud que responde a las transformaciones del capitalismo. Sin embargo, también en algunos países del norte se avanzó en reformas sobre los sistemas de salud que transitaron por mecanismos de mercado, privatización y financiamiento privado de dichos servicios. Pero dichas reformas operaron con muchas limitaciones como se pasará a explicar, en cambio, las reformas estructurales se llevaron a cabo en el sur global.

En la década de los años ochenta el Banco Mundial (BM) fue uno de los principales financiadores de los programas de salud en América Latina. El BM asumió el liderazgo en el impulso de las políticas sociales sin el acompañamiento o asesoría de otros organismos internacionales especializados en los temas de salud como UNICEF, UNESCO o la OPS/OMS (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 288).

Este hecho se evidenció en el informe elaborado por John Akin, Nancy Birdsall y David de Ferranti (1987), economistas del Departamento de Población, Salud y Nutrición del BM. El informe denominado *“El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma”* era la "receta" para la transformación de los sistemas de salud en un nuevo mercado para la prestación de los servicios de salud, sin tomar en cuenta las estrategias que venía financiando en la región la OMS con la Atención Primaria en Salud (APS) (Porter, 1999, pp. 247-277).

del mercado, para lo cual deben existir reglas que permitan que las transacciones contractuales sean cumplidas. El sujeto social se lo concibe como la sumatoria de individuos racionales (que buscan maximizar su beneficio), que interactúan mediante contratos, y el bienestar social es la sumatoria aditiva de las satisfacciones individuales, la cual se logra mediante la expresión de las preferencias en una sociedad de consumo. En la medida en que se dan relaciones de intercambio en el mercado los individuos logran maximizar su satisfacción personal que es la vía para la maximización colectiva” (C. Giraldo, 2013).

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 servicio público 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.

Este enfoque, orientado hacia la lógica de lo costo-eficiente en los servicios de salud, promovía una transformación del Estado de Bienestar y la necesidad de proteger y cuidar la mano de obra productora de bienes y servicios generadoras de riqueza. De esta forma, se transitaba hacia la apertura y creación de un mercado que redefiniera el gasto en salud.

En este sentido el informe indicó:

“Casi siempre los consumidores están dispuestos a pagar directamente por los servicios que implican beneficios mayormente privados, pero por lo general son reacios a hacerlo por aquellos programas y servicios que beneficiar a la sociedad o a la comunidad como un todo. Los consumidores tienden a aguardar que otros proporcionen los fondos necesarios para la provisión adecuada del servicio de tipo “público”, el llamado problema del aprovechador. Es por ello que en la mayoría de las sociedades el financiamiento de los servicios de salud, cuyos beneficios son mayormente públicos, proviene de los ingresos fiscales generales y no de aranceles pagados por los usuarios. Solamente la participación pública proporciona un caudal suficiente de bienes públicos (y de bienes mixtos con un beneficio público significativo)” (Birdsall & Ferranti, 1987, p. 697)

Este elemento de «tarifas» para acceder a los servicios de salud se va a ir implementando a escala global, bajo la misma lógica del BM y con dos objetivos

precisos: i) obtener ingresos adicionales para financiar los servicios de salud; ii) desalentar la demanda innecesaria de servicios de salud. De esta forma se «racionaliza» el gasto en salud y se mejora su eficiencia. En Hungría se impone una tasa para el acceso a los medicamentos, que representa aproximadamente un 35% del costo de dicho medicamento. En nueve países de la Unión Europea se expandió el cobro a las consultas con médicos generales que ya estaba para la consulta con especialistas. Suecia impone altas tarifas, incluso para servicios ambulatorios infantiles. Grecia, Italia y Portugal financian la atención en salud con los recursos de los usuarios en un 20%. En Europa del Este y los países de la ex-Unión Soviética se les empezó a exigir cobros para parte de los nuevos seguros de salud (Lister, 2010, pp. 25-26).

Este informe del Banco Mundial fue fuertemente criticado por su enfoque neoliberal y ortodoxo y falta de atención sobre el deterioro social, sumado al conflicto político que implicaban las medidas de ajuste estructural (Laurell, 1995, p. 1).

Las falencias fueron corregidas en el informe del Banco Mundial de 1993 denominado “*Invertir en Salud*” (Banco Mundial, 1993). Este documento pasó a ser más que una exposición de expertos como el anterior, para integrar otros aspectos técnicos que definieran en detalle las reformas a los sistemas de salud (Organización Panamericana de la Salud, 2003, pp. 289-298). Se retomó la consigna de Unicef del «ajuste con rostro humano» y la recomendación de la 39 Asamblea Mundial de la Salud (1986) de considerar la salud y la nutrición en los programas de ajuste estructural. A su vez, el mismo informe señala que fue ampliamente consultado por organismos y agencias internacionales. Además, hizo énfasis en sectores emergentes en su momento como las organizaciones de mujeres y las Organizaciones no Gubernamentales ONG (Laurell, 1995, p. 1).

Laurell (1995) analizó este informe desde las premisas en las cuales se sustentó como punto de partida y soporte de todo su modelo para la reforma de los

sistemas de salud. La autora denota cómo las premisas del informe reflejan la ideología del neoliberalismo en su concepción de la salud y el Estado.

La primera premisa es que «la salud pertenece al ámbito privado», por lo tanto, su financiamiento debe hacerse por fondos privados y los problemas de salud sólo serán atendidos por el Estado cuando los privados no puedan resolverlos o se nieguen a hacerlo. La segunda premisa es que el Estado es ineficiente y con frecuencia inequitativo, en cambio, el sector privado es todo lo opuesto, ya que está constreñido por la competencia producto de la libertad de elección.

No obstante, Laurell explicó con detalle la falta de evidencia empírica que sustente dichas premisas. En cambio, el desarrollo de estas reformas dan cuenta de su carácter ideológico en tanto que estas concepciones no tienden a mejorar las condiciones de salud sino a empeorarlas (Mooney, 2012).

En este nuevo análisis del BM se corrigieron los elementos de su anterior informe referentes al gasto de bolsillo que implicaba el financiamiento privado de los servicios de salud, por quienes tienen menos capacidad de pago. El informe introduce elementos para la protección del riesgo económico a través de la figura del aseguramiento. Estas políticas están dirigidas a incentivar a las compañías dedicadas a vender seguros de salud, pues de esta forma se estimulaba la inversión de capital privado, la disminución del gasto público y se promovía la competencia entre las aseguradoras y los prestadoras que traería el mejoramiento de la eficiencia y la calidad de los servicios (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 314).

En el prefacio del informe se sintetizó la estrategia del aseguramiento en los siguientes términos:

“Si los gobiernos financiaran un conjunto de medidas de salud pública y servicios clínicos esenciales, el resto de los servicios de esta índole se podría cubrir

mediante financiamiento privado, por lo general por la vía de los seguros, ya fueran privados o sociales. La reglamentación gubernamental puede fortalecer los mercados de seguros privados, mejorando los incentivos para ampliar la cobertura y controlar los costos. Incluso en el caso de los servicios clínicos financiados con fondos públicos, los gobiernos pueden fomentar la competencia y la participación del sector privado en la prestación de servicios, y ayudar a mejorar la eficiencia del sector privado mediante la generación y divulgación de información importante. Con esta combinación de elementos se puede mejorar los resultados en materia de salud y contener los costos, aumentando al mismo tiempo el grado de satisfacción de los consumidores” (Banco Mundial, 1993, pp. iii-iv).

El informe del BM, *Invertir en Salud*, se produce en el momento en que se está llegando a la saturación del mercado estadounidense en la venta de seguros de salud. Para evitar la caída en la tasa de ganancia, las aseguradoras estaban obligadas a incrementar la productividad de los trabajadores de la salud, diversificar sus productos o la búsqueda de nuevos mercados. Según los estudios de Waitzkin (2000) las compañías aseguradoras entraron en el sector público de Medicare y Medicaid, pero en la década de los noventa se concentraron en buscar nuevos mercados, primero en Europa, pero ante su fracaso, fue en América Latina en donde pudieron expandir los mercados del aseguramiento en salud (Aramanda, Muntaner, & Navarro, 2001; Jasso-Aguilar, Waitzkin, & Landwehr, 2004; Stocker, Waitzkin, & Iriart, 1999; Waitzkin & Iriart, 2000; Waitzkin, Iriart, Estrada, & Lamadrid, 2001).

A finales de los ochenta e inicios de los años noventa las aseguradoras estadounidenses intentaron entrar en el mercado europeo, con el apoyo de Margaret Thatcher y partidos conservadores de otros países. Se intentó avanzar en reformas bajo los principios del aseguramiento, sustentados en la competencia de mercados y privatización de los servicios públicos. Sin embargo, la popularidad y el éxito de los sistemas públicos de salud en Europa resistieron la avanzada estructural del modelo neoliberal; pero de todas formas lograron instalar algunos

mecanismos de mercado al interior de los sistema de salud (Waitzkin & Iriart, 2000).

El caso del Sistema Nacional de Salud (NHS) de Inglaterra resulta interesante en tanto su tradición histórica, al ser uno de los primeros sistemas únicos a cargo del Estado para la provisión de los servicios de salud, pero que fue reformado para introducir las lógicas del mercado. Creado en 1948, el sistema británico ha sido caracterizado como un proveedor universal e igualitario de servicios de salud para sus ciudadanos.

Sin embargo, ha sido objeto de reforma por varios gobiernos de tendencia neoliberal hacia su privatización. Thatcher intentó una privatización profunda sin éxito, pero logró «tercerizar» los servicios no clínicos de los hospitales, a través de la contratación con empresas privadas de servicios como la limpieza, la alimentación, y la vigilancia (Álvarez, 2010, pp. 47-50), ente otros, lo cual generó problemas para el control de la calidad sobre estos servicios por parte de los hospitales (Lister, 2010, p. 38).

Para profundizar el proceso de descentralización en el Reino Unido se separaron las funciones de proveedores de los servicios de salud, de aquellos encargados de comprar los servicios de salud, a través de la figura de los Consorcios de NHS (*trust autónomos*). Este proceso permitió la creación de una forma de mercado al interior del sistema de salud, en donde dichos organismos semi-independientes venden servicios de salud a los compradores del NHS. En teoría esta nueva configuración generaba una competencia entre los distintos proveedores para obtener sus recursos según su capacidad de venta de servicios y de atracción de pacientes privados. La reducción de los precios que supuso la competencia, incrementó los costos de transacción, administración y gestión a través de la división comprador-vendedor de servicios (Álvarez, 2010, p. 47; Lister, 2010, p. 41).

Nueva Zelanda en la década de los años noventa avanzó en esta dirección a través de las “Empresas de Salud de la Corona” (*Crown Health Enterprises*) con resultados dispares lo que exigió la posterior intervención del Estado (Lister, 2010, p. 31).

El proceso de descentralización de la salud y autonomía local en España, Portugal y Suecia fue más allá del modelo de los *trust autónomos*, del caso inglés. Con los «hospitales fundación» en España y en Portugal los «hospitales-empresa», con mayor autonomía y discrecionalidad, se llegó al punto incluso de tener la capacidad de pedir préstamos a la banca y realizar negocios con el sector privado. En el caso español dicho modelo ha sido denunciado por la explotación laboral a sus trabajadores que deben trabajar más horas y especializarse en la prestación de servicios más lucrativos (Lister, 2010, p. 32). Como explicó Lister en su análisis del sistema de salud español:

“La evidencia empírica demuestra que los hospitales autónomos comienzan dando prioridad a los pacientes que pagan, y que las exenciones y exoneraciones de tarifas a los usuarios han sido bastante poco efectivas para reducir los obstáculos de acceso a los servicios por parte de los pobres” (Citado por Lister, 2010, p. 33).

La privatización del sistema inglés avanzó a través de la Iniciativa de Financiación Privada (PFI, por sus siglas en inglés) un programa de asociaciones público-privadas impulsado por el Nuevo Laborismo de Tony Blair (Álvarez, 2010, p. 47), bajo el discurso de modernización de NHS. Estas formas «modernas» también vienen siendo impulsadas en países como Canadá, Australia, Sudáfrica, Italia y Portugal (Lister, 2010, p. 41).

Este modelo implicó que el Estado ya no era el encargado de la construcción de nuevos hospitales o del mantenimiento de los existentes. Esta función quedó a cargo de la empresa privada, que luego se encargó de arrendarlos a los consorcios del NHS para ser operados, por un canon anual. También el gobierno

laborista implementó las Entidades Financieras de Mejora Local (LIFT por sus siglas en inglés) que es un modelo similar a los PFI para la atención primaria y comunitaria. Estos consorcios operados por privados financiados con recursos públicos ya no rinden cuentas ante el Parlamento inglés, sino ante un *Monitor* independiente, que establece criterios económicos y costo-lucrativos de evaluación (Álvarez, 2010, p. 48).

En el caso de Canadá se planteó una profunda discusión sobre la introducción de estos mecanismos de mercado, ya que dicho sistema de salud contempló un modelo integrado, universal y completamente público. Sin embargo, con la avanzada neoliberal se generó un amplio debate sobre las asociaciones público-privadas (P3s) utilizadas para resolver el problema de la sobreacumulación de capital, que ha sido denunciada como una modalidad de acumulación por desposesión (Whiteside, 2009, pp. 76-96).

Para los casos de Francia, Alemania, Corea y Japón, sustentados en modelos de aseguramiento, se ha experimentado un creciente déficit de dichos fondos, por lo cual se han adoptado medidas dirigidas a reducir el gasto en salud (Lister, 2010). En estos países se intentó la introducción de la competencia entre diversos proveedores de salud por la vía de los contratos para asegurar que «el dinero siga al paciente» como lo afirmó Margaret Thatcher (Lister, 2010)

No obstante, la avanzada del mercado de la salud fue revertida en países como Suecia. La privatización del gobierno conservador generó un amplio deterioro en los servicios sanitarios. Los ciudadanos castigaron al partido en las elecciones y en el 2006 se emitió una ley que impide cualquier proceso de privatización de la salud. Según el Ministro de Salud, cuando se anunció dicha ley, manifestó:

“los servicios médicos y sanitarios suecos continuarán siendo controlados democráticamente, equitativos y accesibles, financiados sobre la base de la solidaridad y de las necesidades de la población porque, si se hiciera de otra

manera, se podría producir un conflicto de intereses entre el mercado y los ciudadanos” (Citado por Álvarez, 2010, p. 50).

Este impulso de políticas imperiales sobre los sistemas de salud también ha tenido manifestaciones locales para Colombia y el sistema creado con la ley 100 de 1993, en momentos puntuales del desarrollo del sistema de salud.

Cuatro años después de aprobado el nuevo sistema en 1993. El Banco Interamericano de Desarrollo publicó el documento de trabajo titulado: *“Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina”* (Londoño & Frenk, 1997). El informe fue elaborado por Juan Luis Londoño de la Cuesta, quien fue ministro de salud y gestionó la aprobación de la ley 100 en el Congreso. Tras lograr aprobar la ley 100 de 1993, Londoño pasó a desempeñarse como economista jefe en el Banco Interamericano de Desarrollo. Lo acompañó el mexicano Julio Frenk, que realizó asesorías al gobierno de Colombia para la transformación del sistema de salud.

El informe del BID se encargó de dar el sustento teórico y técnico del modelo colombiano, que planteaba un camino intermedio entre la privatización, la creación de un mercado de salud y el control del Estado de dicho mercado, sin que éste último asumiera la prestación directa del servicio. Este informe constituyó la alternativa para la reforma de los sistemas de salud de América Latina sobre cuatro núcleos independientes: la modulación, el financiamiento, el aseguramiento, y la prestación de servicios (Londoño & Frenk, 1997, pp. 16-20).

En otro momento histórico del desarrollo del sistema de salud colombiano, también fue legitimado por la Organización Mundial de la Salud. El 21 de junio del año 2000 la OMS emitió el documento *“Reporte sobre la Salud en el Mundo”*, en donde el sistema de salud colombiano de la ley 100 de 1993 ocupó el lugar 22, entre los 191 sistemas de salud evaluados. Incluso, como explica Mario Hernández (2001, p. 2), el sistema de salud colombiano fue catalogado como el

mejor de América Latina, por encima de Cuba, Chile y Brasil. También fue evaluado como el mejor sistema en términos de equidad financiera, a través de los diversos subsidios y transferencias solidarias entre ciudadanos que establece el modelo.

Más allá de la evidencia empírica y las metodologías de dicha evaluación, para Hernández (2001) el informe evidenció la puesta a punto de la OMS en las discusiones sobre la economía de la salud, de las que había estado rezagada respecto al BM. A su vez, el autor explicitó las coincidencias entre los autores del informe del BM de 1987 que establecieron las pautas para las reformas de los sistemas de salud, con los evaluadores de la OMS. Al ser Colombia el país que ha adaptado de forma sistemática los postulados del BM en su sistema de salud, se extrapolan los apoyos ideológicos que ha recibido la reforma en Colombia (Á. M. Hernández, 2001, p. 2).

Para evaluar el desarrollo de la puesta en marcha del sistema de salud el gobierno tramitó un préstamo ante el BID en 1995 para desarrollar el “*Programa de apoyo a la reforma*” (PARS). Dicho programa surgió de las recomendaciones de la Universidad de Harvard, que asesoró al gobierno en los cambios institucionales en el sistema de salud; centro universitario que además de educar a quienes se han desempeñado como ministros de salud, ha mantenido una evaluación y asesoría constante al gobierno sobre el sistema de salud tras la aprobación de la ley 100 de 1993 (Ministerio de Salud, sin fecha).

El programa PARS exaltaba los logros en la creación del mercado regulado de la salud y sus recomendaciones estaban orientadas a la reducción de las responsabilidades del Estado en la prestación de los servicios de salud. El BID entregó en el contrato de préstamo 38 millones de dólares y el Estado colombiano dio en contra partida 28,8 millones, para un total de 66,8 millones, ejecutados a lo largo de 11 años, hasta el 2008.

A pesar que el PARS planteaba una evaluación a profundidad sobre la viabilidad del sistema de salud, el resultado del programa fue clasificado como un costoso fracaso, ante el desarrollo que ha tenido el sistema de salud (El Tiempo, 2010; Revista Semana, 2010). Las principales conclusiones del proyecto fueron la fijación de formas útiles al capital y oscuros elementos de corrupción de quienes han mantenido una evaluación favorable al sistema, como el caso de Teresa Tono², quién se desempeñó como directora del PARS y luego asesora en la redacción de los decretos de la emergencia social en el gobierno Uribe (Caracol Radio, 2010b).

2. Los (pos)neoliberalismos en América Latina

La discusión sobre el neoliberalismo en América Latina y su definición, ha sido un tema complejo, que ha pasado de significarlo todo y al mismo tiempo, disolverse en el aire, sin tener una definición precisa, en donde convergen nociones contradictorias. No es del todo claro si el neoliberalismo es el momento y la fase actual de la reestructuración capitalista, o si es una reformulación de tipo economicista de las teoría clásica liberal (W. B. Stolowicz, 2009, p. 82).

Para analizar qué es y cómo opera el neoliberalismo se debe superar las perspectivas que reducen dicho concepto a un conjunto de recetas económicas. Una comprensión más adecuada del neoliberalismo es aquella que lo estudia como parte de una estrategia dominante de la hegemonía conservadora para mantener la dominación y la obediencia a la clase capitalista, que ya no sólo recurre a la coerción extrema, lo que no significa que no sea un recurso más, sino desde mecanismos fines y sutiles, en donde opera la misma dominación. De esta forma podemos comprender como el neoliberalismo, se presenta como un

² Médica de la Universidad Javeriana con estudios de posgrado en Salud Pública y sistemas de salud de la Universidad de California. Se ha desempeñado principalmente como asesora del sistema de salud colombiano, las aseguradoras privadas, y actualmente es Directora del área de investigación de la Organización para la Excelencia de la Salud ("Teresa Tono,").

“discurso fuerte, sólidamente estructurado y epistemológicamente fundamentado”
(Dávalos, 2011, pp. 15-16).

Desde esta perspectiva, el neoliberalismo no sólo corresponde a las configuraciones geo-espaciales del capital (Harvey, 2007b, pp. 360-364) que han utilizado a América Latina como laboratorio de experimentación para la reconfiguración y transformación del capital para reactivar los procesos de acumulación y solventar sus crisis (Harvey, 2007a, p. 14); sino que a su vez, el neoliberalismo puede entenderse como una estrategia para el restablecimiento del poder de clase, y relanzar las tasas de ganancia del capital, como lo plantearan Gérard Duménil y Dominique Lévy (Citado por Harvey, 2007a, p. 23).

Sin embargo, la hegemonía conservadora demandaba una compleja estrategia para lograr que gobiernos opuestos ideológicamente, aceptaran e implementaran la agenda de reforma de la derecha. Stolowicz (2012) explica que esta estrategia se enmarca dentro de la llamada revolución pasiva que conceptualizó Gramsci (2009, pp. 164-172), que implica una transformación de la reproducción del capital; la apropiación del programa de los explotados por parte de las clases dominantes para así sustraer el carácter anti-burgués de sus propuestas; y el papel de los intelectuales del sistema para incorporar a aquellos que representan un proyecto antagónico (W. B. Stolowicz, 2009, p. 70).

En América Latina se desarrolla una compleja dialéctica entre la destrucción del modelo anterior, que desde la estrategia dominante van a catalogarlo como la definición de neoliberalismo, a la cual se contraponen su reconstrucción hacia el consenso posneoliberal, como superación de la situación anterior. Cada reconstrucción aparece no como una crítica ni abandono de la senda neoliberal, sino como su superación, pero para mejorarlo y corregirlo, afinando la estrategia dominante, según las circunstancias políticas.

Allí radica la mayor dificultad por establecer una definición fija del neoliberalismo, ya que es un discurso manipulado por la derecha que logra acomodarse e incorporar las críticas para mejorarlas y corregirlas. En este sentido, podemos hablar de neoliberalismos en plural, así como sus alternativas, que pasarían a ser “(pos)neoliberalismos”. A continuación, haremos una breve reseña de la estrategia para América Latina.

2.1. La estrategia de los (pos)neoliberalismos desplegada en América Latina³

El consenso de los (pos)neoliberalismos no ha sido un proceso sincrónico ni de sucesión cronológica. La ejecución en cada país varía según las dinámicas y coyunturas políticas, así como de las exigencias globales del capitalismo. En ese sentido, Colombia, Chile y México han sido pioneros en la estrategia de los consensos (pos)neoliberales, a través de las agendas sociales que impulsaron cada uno a inicios de los años noventa.

En Chile se denominó, Economía Social de Mercado con los gobiernos de la Concertación; en México, Liberalismo Social, promovido por el presidente Carlos Salinas de Gortari desde diciembre de 1988 y como doctrina de gobierno desde 1992. Y en Colombia con la fórmula de Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991.

A diferencia de la ortodoxia neoliberal, los (pos)neoliberales no ven un enemigo en el Estado, sino un aliado para la reestructuración capitalista. A través del aparato estatal y explotando la noción amplia de Estado Social de Derecho en el caso colombiano, se ha utilizado este discurso de forma estratégica para camuflarse

³ Este apartado se sustenta en las investigaciones de Beatriz Stolowicz Weinberger quién ha dado cuenta en una amplia investigación de cada uno de los elementos que componen la estrategia dominante de la hegemonía conservadora, así como las diversas transformaciones y reconfiguraciones que a todo nivel tienen para América Latina. Por ello se omitirán las citas reiterativas y se remite al trabajo de la autora (B. Stolowicz, 2012).

como una preocupación por lo social y un capitalismo con rostro humano. Se trata de la elaboración «científica» del movimiento pendular propio de las crisis capitalistas, para retomar el rumbo intermedio, el de la socialdemocracia y su traducción contemporánea: la tercera vía.

La doctrina de la tercera vía fue retomada por Tony Blair entre 1997 y 2007 como alternativa a la crisis del Estado de Bienestar. Pensamiento estratégico que también utilizó Juan Manuel Santos en 1999, como alternativa frente al neoliberalismo y el intervencionismo del Estado, en un movimiento pendular que logra un equilibrio entre estos polos opuestos que se sintetiza en el lema: tanto mercado como sea posible, tanto Estado como sea necesario. Principio que utilizó bajo su presidencia (2010-2014), y que sigue manejando en su campaña política para una posible reelección.

Los ideólogos del consenso (pos)neoliberal argumentaron que el mercado no distribuye de forma equitativa la riqueza, y que, por lo tanto, se requiere resolver estos defectos e incluso los excesos en que se incurrieron, propugnando por «más Estado», sin afectar la centralidad que ejerce el mercado, dejando intacto al capital. En esa medida, es el Estado el encargado de brindar las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado del mercado, sin que se permita un total abandono de los pobres a la deriva del libre mercado. Es por ello que se promueven desde el Estado un asistencialismo focalizado hacia la extrema pobreza, para brindarles las herramientas en términos de capacidades y habilidades para participar en la democracia de propietarios y así lograr la justicia social de igualdad de oportunidades (Dubet, 2012).

El progresismo social impulsado desde el Estado se da desde la asociación público-privada que exime de la prestación de los servicios públicos y proveedor de bienes sociales al Estado. Sin embargo, le corresponde una tarea más exigente que la prestación directa de los servicios sociales: la regulación, vigilancia y

control sobre los privados para que los pobres no sucumban ante las fuerzas del mercado.

Se avanza hacia una era de «(pos)privatización»: porque se aleja de la obsesión privatizadora que caracterizó la era neoliberal, y se concentra en desarrollar políticas de focalización para la provisión de servicios a cargo de los privados, bajo el supuesto que lo hacen mejor que el sector público.

La financiación de las políticas sociales correrá por cuenta de recursos públicos, a través de la transferencia de recursos de consumo de los trabajadores y las clases pobres –vía impuestos al salario, impuestos indirectos de consumo, y tarifas de acceso al servicio. Son los privados los llamados a garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Las clases medias como usuarios/clientes de los servicios públicos financian su acceso a los servicios. Pero también con sus aportes y el pago de impuestos al consumo financian los servicios públicos de los extremadamente pobres a través del esquema de subsidios que entrega el Estado, en mecanismos de transferencia directa de recursos públicos a la acumulación privada de capital.

La conclusión de Stolowicz, tras más de una década de análisis, es que el momento actual en América Latina se caracteriza por: *“esta[r] asistiendo a un punto de llegada de realización exitosa de la estrategia dominante ejecutada desde hace veinte años para estabilizar y legitimar la reestructuración del capitalismo (...) cuyo objetivo ha sido convertir a América Latina en un espacio ventajoso, seguro y estable para la reproducción del capital; por ende, un espacio de estabilización del capitalismo, en crisis cada vez más frecuentes (...) planteada por sus impulsores como “posneoliberalismo”* (B. Stolowicz, 2012, p. 15).

2.2. El laboratorio neoliberal y la doctrina del shock en Chile

La primera experimentación del neoliberalismo se dio en Chile con la irrupción en la aplicación de la «doctrina del shock» (Klein, 2007, pp. 109-139). Esta doctrina proviene de los experimentos psiquiátricos ilegales realizados por Ewen Cameron en el «Allan Memorial Institute de la Universidad McGill», financiado por la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (C.I.A. por sus siglas en inglés), los cuales desempeñaron un papel clave en las técnicas de tortura contemporáneas del ejército estadounidense (Klein, 2007, pp. 49-78).

Estos experimentos consistieron en aplicar a los sujetos una terapia a través de la privación sensorial y del sueño, sensaciones de ahogamientos, entre otros, durante periodos prolongados de tiempo. Los experimentos generaban como resultado un estado de shock en el sujeto hasta el punto de convertir su mente en una «tabula rasa». Milton Friedman⁴ consideraba que la producción de choques bruscos en las sociedades eran los mejores momentos para la introducción de reformas estructurales para la primacía del mercado (Klein, 2007, pp. 79-89).

Desde una revisión histórica de diversos acontecimientos como las dictaduras militares del Cono Sur; los desastres naturales como el huracán Katrina en Estados Unidos, o el tsunami de Sri Lanka; las guerras imperiales por el control geopolítico del petróleo como el caso de Iraq, Naomi Klein (2007) encontró una íntima relación entre los estados de shock sociales y colectivos con las reformas económicas que son implementadas al mismo tiempo que ocurren dichos desastres, o justo después de dichos acontecimientos.

El primer laboratorio neoliberal se impone en Chile con el golpe militar de carácter fascista por parte del general Augusto Pinochet. El 11 de septiembre de 1973 el bombardeo al Palacio de la Moneda, financiado por la CIA, acabó con el proyecto socialista de Salvador Allende, en donde se asiste a la nueva era del «capitalismo del desastre» (Klein, 2007, pp. 109-111).

⁴ Premio nobel en economía y uno de los cultores del «neoliberalismo» en su corriente monetarista- Fue profesor de la escuela de economía de la Universidad de Chicago y asesor del dictador Pinochet en asuntos de economía (Klein, 2007).

El shock social y colectivo producto de la dictadura militar de Pinochet permitió crear un espacio de oportunidad, que Milton Friedman anunciaba desde sus cátedras en la Universidad de Chicago, para la introducción de reformas económicas estructurales. La dictadura desintegró a los sujetos colectivos, sindicatos, partidos de izquierda, organizaciones populares, en una sociedad atemorizada por los alcances de la política de exterminio de la brigada Lautaro (DINA), en su cruzada contra el enemigo comunista-marxista (Klein, 2007, pp. 139-144).

Los discípulos de Milton Friedman, denominados «los chicanos boys» eran un grupo de economistas chilenos de la Universidad Católica quienes habían estudiado en la facultad de economía de la Universidad de Chicago. Junto a su mentor, encontraron en la dictadura de Pinochet la oportunidad ideal para las reformas estructurales de la ortodoxia neoliberal. Por orden del dictador se introdujo un cambio estructural en la sociedad chilena, sin oposición ni resistencia de las clases subalternas. El cambio radical consistió en demoler el patrón de acumulación y las instituciones sociales que lo soportaban. Se puso fin al modelo de la sustitución de importaciones de la CEPAL por un nuevo esquema social para garantizar la libertad individual.

El paquete de reformas, conocido como «El ladrillo», se dirigió a crear el modelo ideal de la economía neo-clásica: un libre mercado para la realización de la libertad. Lo que requería un agresivo proceso de privatización; desregulación de la economía; y eliminación del Estado en la provisión de servicios sociales (Klein, 2007, p. 112).

La dictadura chilena se expandió por los países del cono sur hacia Uruguay, Argentina y Bolivia, con reformas similares a diferentes escalas (Á. J. Estrada, 2004, p. 34; Klein, 2007, pp. 123-131).

2.3. Del neoliberalismo como monetarismo al Consenso de Washington como (pos)neoliberalismo

La crisis económica del capitalismo mundial a inicios de los años ochenta impactó de forma importante en América Latina, con repercusiones profundas. La llamada «década perdida» estuvo caracterizada por la crisis de la deuda externa contratada por las dictaduras militares y los gobiernos autoritarios, que forzó a su caída y abrió un ciclo de tránsito al modelo de «democracia burguesa».

Con el fin de conjurar la crisis de la inestabilidad tanto monetaria como cambiaria y reemplazar las políticas regresivas de redistribución del ingreso, el FMI propuso un «ajuste coyuntural» con el fin de encauzar la crisis hacia el crecimiento económico. El ajuste se centró en la política monetaria y cambiaria para reducir la inflación, y equilibrar la balanzas de pagos y las finanzas del Estado. La hegemonía conservadora, desde el discurso, va a denominar estas reformas monetaristas de la década de los 80 como «neoliberalismo» (Á. J. Estrada, 2004, pp. 35-36).

En 1989 se produce una reunión de balance del desarrollo de estas políticas, en donde participaron el FMI, el BM, el BID, miembros del gobierno y el congreso de Estados Unidos, el comité de la Reserva Federal y un selecto grupo de expertos de diversas partes del mundo (Á. J. Estrada, 2004, p. 41). Las conclusiones de la reunión fueron sintetizadas por John Williamson, en el documento: *“Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas económicas”*, que sólo hasta 1996 va a ser denominado como el «Consenso de Washington» (W. B. Stolicz, 2009, p. 87).

De esta forma, el neoliberalismo monetarista va a ser superado por el «Consenso de Washington», que se constituyó en la agenda de política económica de los gobiernos latinoamericanos, con excepción de Cuba, en el momento de la avanzada del capitalismo hacia la constitución de un mercado a nivel global.

2.4. Del «Consenso de Washington» como neoliberalismo al (pos)neoliberalismo del informe del Banco Mundial: «Más allá del Consenso de Washington»

Las crisis económicas de los años noventa que arrancaron en México (1994), el efecto tequila, que luego se expandió a Brasil (1998), efecto samba y finalizan con el efecto tango en Argentina (2001), impuso nuevos retos a las clases dominantes para conservar su poder de clase y hegemonía, que venía siendo cuestionada con el ascenso de las movilizaciones populares en contra del neoliberalismo.

Tras dejar su cargo en 1997 como jefe de los asesores económicos del presidente Bill Clinton (1993-2001), Joseph Stiglitz pasó a ser el vicepresidente y economista jefe del Banco Mundial, quién impactó con el primer «manifiesto antineoliberal», titulado: *“Informe sobre el desarrollo mundial 1997: El Estado en un mundo en transformación”*. En dicho informe se avanzaba en criticar las políticas macroeconómicas del «Consenso de Washington».

Este diagnóstico va a ser complementado con el informe dedicado específicamente para América Latina, en donde va a quedar explícita la tendencia de superación del modelo neoliberal, titulado *“Más allá del Consenso de Washington. La hora de la reforma institucional”*, de 1998. El informe estuvo a cargo de Guillermo Perry, que luego de su paso por la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia en 1991 ocupó el cargo de economista jefe para la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Banco Mundial (W. B. Stolorowicz, 2009, p. 84).

El informe para América Latina desplegó con audacia la estrategia para identificar el «Consenso de Washington» como el «neoliberalismo» a superar, al contemplarlo como imposición externa a los gobiernos de la región y el déficit de la

regulación financiera que impuso el FMI, que de paso exiaba de cualquier culpa al BM y al BID en estas políticas económicas.

Su diagnóstico se concentró en los «malos gobiernos», ante la constante ilegalidad y precaria protección de los derechos de propiedad, la falta de información, que demanda políticas de transparencia, la burocracia corrupta y la persistencia de los intereses creados de las clases políticas, subordinadas a las maquinarias electorales y el clientelismo. Para el informe, este contexto desalienta la inversión extranjera, debilita el crecimiento y no permite resolver el problema de la pobreza (W. B. Stolicz, 2009, pp. 87-88).

El análisis del BM en su informe era una fuerte crítica al neoliberalismo, que no se había ocupado de los costos sociales que implicaban las reformas económicas. La propuesta se presentaba como un «(pos)neoliberalismo», en tanto proponía una alternativa entre la ortodoxia neoliberal y el modelo populista, marxista. Se trataba de encontrar el punto intermedio del movimiento pendular de extremos en que se conceptualiza los cambios históricos en el capitalismo. En estos informes se establecen las recetas para corregir y ajustar los postulados del liberalismo económico, sin atacarlos ni negarlos, sino para refinarlos y ajustarlos a la acumulación de capital (B. Stolicz, 2012, pp. 16-17).

En la segunda Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile en 1998, se avanzó en el «Consenso de Santiago» en oposición al neoliberalismo del «Consenso de Washington» (Á. J. Estrada, 2004, p. 43). Se trató de un acuerdo político para acoger las nuevas recetas económicas que superaran las anteriores y de esta forma hacer frente a la crisis de gobernabilidad ante los rechazos populares al neoliberalismo. En esta cumbre no se planteó una estrategia anti-neoliberal, ni post-neoliberal, sino que se definieron las líneas generales para la restructuración capitalista.

Esta restructuración pasaba por unas reformas que superaran el excesivo economicismo del FMI, en donde se debía adoptar medidas para el “*acceso a la educación, la salud, la infraestructura rural, la administración de justicia, la erradicación del crimen y las drogas, la seguridad civil, el buen funcionamiento de los sistemas, estrategias urbanas y rurales, y servicio energéticos, de potabilización y de comunicación*” (Á. J. Estrada, 2004, p. 43).

En síntesis, la estrategia del consenso (pos)neoliberal exige pasar por las reformas estructurales para sacar provecho del proceso de globalización y la inserción de los productos de América Latina al mercado mundial. Este proceso requiere de inversión de capital extranjero, quienes brindan su aporte financiero, tecnológico y el acceso a los mercados mundiales, ante la quiebra de los Estados.

Para ello se requiere la generación de políticas para atraer la inversión extranjera y garantizar la confianza inversionista. Esto demandaba generar un clima favorable a los negocios, bajo déficit fiscal, pagar la deuda externa, y el fortalecimiento del Estado en términos de eficacia, reduciendo sus funciones de prestador de servicios públicos a la justicia y la seguridad (B. Stolowicz, 2012, p. 18).

2.5. El neodesarrollismo como actual posneoliberalismo

La apertura democrática permitió el ascenso de partidos de izquierda al poder del Estado, con amplias expectativas de estar asistiendo a un «cambio de época», en donde se aspiraba a que los nuevos gobiernos lograran superar el modelo neoliberal impuesto en la región.

Pero como explica Stolowicz (2012, p. 18), la derecha no es dogmática, y así como vio una oportunidad en las dictaduras militares para imponer sus políticas económicas, los nuevos regímenes democráticos son una nueva oportunidad.

Bajo las nuevas reglas del juego democrático se avanzaran en las «reformas económicas» que permitieran la reestructuración capitalista.

Sin embargo, se generó la paradoja de la emergencia de gobiernos nacionales de izquierda en América Latina que comparte la misma agenda económica que los gobiernos nacionales de derecha. Se encargó al Estado de garantizar el proceso de acumulación por desposesión (Harvey, 2004b, pp. 73-90) del tipo exportador extractivista, basado en monocultivos transgénicos; proyectos de mega-minería a cielo abierto; explotación de productos energéticos: petróleo, gas, hidroelectricidad; exportación de la biodiversidad; y la construcción de infraestructura para el transporte y comunicación que reduzca los costos de la extracción, acelere los flujos de capital y la circulación de las mercancías.

Este neodesarrollismo está generando una transformación profunda de la sociedad y el Estado dentro del modelo liberal-burgués, como lo plantea Stolowicz:

“Tanto en esos países “neodesarrollistas” con gobiernos progresistas, como en aquellos en los que se ejecuta la estrategia sin esa carga discursiva, está produciéndose una reconfiguración de la sociedad y del ejercicio del poder capitalista con efectos de largo plazo, que además no podemos explicar con los conceptos tradicionales de la teoría política. Por una parte, se rompe con los fundamentos del Estado liberal moderno que formalmente establece, para su universalización, la separación entre lo público y lo privado; tanto así, que el concepto de corrupción pierde sentido. No se trata solamente de que no haya autonomía relativa del Estado, sino que se trata de un nuevo patrimonialismo con el que lo privado domina de manera directa, abierta y legitimada a lo público. Por ello, las asociaciones público-privadas no son sinónimo de economía mixta. Con el posneoliberalismo estamos ante una especie de Estado neo-oligárquico transnacionalizado de derecho, abiertamente orientado al gran capital (transnacional), incluso cuando financia lo social. Que mantiene la envoltura de las formas liberales como elecciones periódicas y tres poderes, pero que son

subordinadas al capital por el “interés nacional del desarrollo” (que es desnacionalizador) y acotadas por la juridización de la política y la economía” (B. Stolowicz, 2012, p. 29).

En el Estado neo-oligárquico transnacionalizado de derecho, la «administración pública» se configura bajo el modelo del «management», que consiste en la introducción de prácticas mercantiles al interior del Estado (C. Giraldo, 2013, p. 34). Esta forma de configuración del aparato estatal ha sido liderada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

Bajo este enfoque la administración pública se aproxima a la racionalidad privada de la gestión en el mercado. Los establecimientos estatales encargados de la provisión de servicios públicos, como la educación o la salud, bajo las formas jurídicas de la desconcentración de funciones, se crean como organismos autónomos e independientes que operan en el mercado. La emergencia de los «gerentes» de los hospitales públicos que están orientados hacia la maximización de la rentabilidad financiera. Los gerentes están en función de facturar y reducir costos. La racionalidad que se impone hace de la figura del gerente, el sujeto que ve en el paciente a un cliente, y a los trabajadores de la salud como insumos. La salud, reducida a un servicio público, mercantilizado, debe ser provista en condiciones de eficiencia. De esta forma, los gerentes promoverán que la atención en salud sea a más clientes (pacientes) con insumos (trabajadores de la salud) más baratos (C. Giraldo, 2013, p. 35).

Otro aspecto a destacar para la política social es la tendencia a la separación de los procesos de decisión política de su ejecución. Aquí es donde se aloja el proceso de privatización, en donde la ejecución se entrega desde entidades públicas autónomas, hacia los sectores privados, en donde tienen participación las organizaciones no gubernamentales, ONG's, organizaciones comunitarias y religiosas, el sector privado, y la nueva gestión social de los artistas, deportistas,

en general, filántropos que refuerzan el modelo de las políticas sociales desde lo privado, o en asociaciones con lo público para la ganancia de los privados.

La configuración de las políticas sociales bajo esta nueva forma estatal y el régimen de acumulación contemporáneo, se dirige hacia la puesta en marcha de programas asistencialistas focalizados dirigidos a los más pobres, en donde el trabajador se transforma en un privilegiado dentro de la sociedad, ya que cuentan con los recursos para comprar los servicios públicos que demanden sus necesidades. Y por lo tanto, el gasto público debe dirigirse únicamente a la población pobre.

Los derechos sociales quedan reducidos a mercancías, a los cuales se accede a través de una relación mercantil, en tanto que se paga de acuerdo a su consumo. De esta forma se diluye la obligación estatal que bajo la configuración del Estado de Bienestar tenía el ciudadano frente al Estado, cuando el pago de los impuestos, generaba una obligación al Estado de la provisión de los servicios públicos (C. Giraldo, 2008, p. 43). De aquí emerge la ciudadanía patrimonial que se limita al conjunto de individuos que logran establecer una «normalidad financiera», para hacer frente a los riesgos sociales, como lo plantean Lordon y Lo Vuolo (Citado por G. C. A. Giraldo, 2007, p. 263).

La política social, dirigida no a las clases subalternas, sino a los grupos vulnerables, que no han logrado la «normalidad financiera», debe permitirles satisfacer las carencias que tienen de servicios públicos como la educación, la salud, la vivienda, y el conjunto de los denominados servicios públicos domiciliarios (agua, luz, aseo, entre otros). Ante el fracaso social de no ser productivo en el mercado, se autoriza a concebir algunos mecanismos de gratuidad para acceder a dichos servicios. Pero no basta con ser pobre, sino que así debe ser identificado a los ojos del Estado. Bajo esas condiciones se produce una obligación del Estado, de la provisión de los «mínimos vitales» para que los pobres no sucumban ante sus fracasos sociales. Este es el enfoque de los

programas de asistencia social que se extiende por América Latina, como las familias en acción en Colombia, las bolsas de familia en Brasil y el programa de oportunidades en México (C. Giraldo, 2008, p. 188). La dirección de la política social, siguiendo el canon (pos)neoliberal es la participación de todos, incluso de los pobres, en el mercado. Como lo explica Giraldo:

“las ayudas focalizadas para que los pobres salgan de su condición, empleabilidad para que las personas puedan emplearse rápidamente cuando pierden su trabajo, reconocimiento de las diferencias para que no haya excluidos por razones de etnia, sexo o patrones culturales, (...) [dirigida a] disminuir la vulnerabilidad, multiplicar sus activos en especial su capital humano, empoderarlos.(...) y finalmente mercados de seguros para que los “no pobres” cubran sus riesgos sociales” (C. Giraldo, 2008, p. 188).

A partir de estos elementos, el sistema-mundo capitalista, el imperialismo y la estrategia de los (pos)neoliberalismos en América Latina, brindan a este trabajo el punto de partida para el análisis de la configuración del derecho contemporáneo, que como veremos en detalle, guardan una estrecha relación con estos procesos que acabamos de reseñar.

Sin embargo, estos cambios y transformaciones históricas tienen poca o ninguna relevancia para la dogmática del derecho, que aquí denominamos la «falacia positivista». Y cuando lo llega a tener, se procesa a través de elaboraciones discursivas en cómo el derecho se adapta a los nuevos fenómenos, como el caso de la globalización (M. M. A. Restrepo, Escobar, Rincón, & López, 2012, p. 3).

A continuación exponemos de forma breve la «falacia positivista», para luego dar paso al planteamiento que busca rebatir dicha falacia, hacia una comprensión del derecho contemporáneo en su relación con el momento actual de la acumulación capitalista, y dar cuenta de la categoría del «derecho útil al capital».

3. La falacia positivista: El derecho moderno del modelo liberal-burgués

El paradigma dominante en el análisis «científico» del derecho y su enseñanza es el de los «positivismos jurídicos», en plural, en tanto sus diversos desarrollos desde diferentes corrientes y perspectivas (Aragón, 2009, p. 288). Más allá de sus diferencias y matices, los diversos positivismos comparten tres premisas centrales, descritas por Calvo (2002) en los siguientes términos:

“1) Desarrollan desde una perspectiva analítica, una descripción del carácter conceptual sobre el derecho, sensible a las diferencias de los ordenamientos jurídicos, pero resaltando en todo caso una autonomía fuerte de lo «jurídico»;

2) Su desarrollo conceptual sobre el derecho se abstrae de los ordenamientos jurídicos existentes, y en cambio se ocupa de describir los sistemas jurídicos como conjunto de normas emanadas de una autoridad estatal;

3) El derecho, como objeto de estudio, se describe desde su aparato analítico-conceptual como una teoría general del ser, y no se ocupa del cómo debería ser el derecho”.

Desde esta perspectiva, el derecho moderno debe limitarse al máximo para no intervenir en el proceso económico que se desarrolla libremente ordenado por la «mano invisible» del mercado. Al derecho moderno sólo le corresponde garantizar que las reglas espontáneas del «economicismo» operen de forma libre y sin restricciones, para que impongan el orden social.

Esta concepción del derecho va a ser complementada con la corriente filosófica del racionalismo jurídico, y sus diversas vertientes, desde las concepciones iusnaturalistas, pasando por los análisis de Kant sobre la ley, y que van a alcanzar su mayor desarrollo con los postulados de Hans Kelsen (de la Torre, 2006). Villoro caracteriza al racionalismo jurídico bajo los siguientes postulados:

“1) El derecho es considerado como un conjunto de normas conocidas racionalmente sin considerar lo aportado por la experiencia;

2) este conjunto de normas forma un sistema racional perfectamente trabado que se funda en la naturaleza racional del hombre;

3) el sistema normativo es inmutable y universal, válido en toda la sociedad humana independientemente de sus circunstancias;

4) todo derecho positivo deberá acercarse lo más posible al orden normativo racionalista, éste será modelo o ideal a la vez que es fundamento de validez de todo derecho positivo; y las circunstancias históricas que dan singularidad a cada derecho positivo no justifica las notas propias del mismo; al contrario, se consideran causa que impiden la evolución del derecho positivo hasta su transformación en el orden normativo ideal”(Citado por de la Torre, 2006, p. 66).

Desde el paradigma liberal-burgués se conceptualiza al Estado como una especie de «árbitro» de las relaciones de mercado, sin que esté autorizado para tomar iniciativas sociales o económicas. En este sentido, las únicas «iniciativas» autorizadas serían aquellas encaminadas a garantizar las «leyes naturales» del orden social, esto es, las leyes de la economía capitalista.

El ideal individualista y de seguridad en el mercado reclaman que el derecho revista un carácter formal, y racional. Siguiendo a Max Weber (2012 [1902], pp. 648-660), el derecho como sistema formal, aparece como diferenciado e independiente de las necesidades económicas, sociales y políticas; y a su vez como sistema racional, toda vez que sus momentos de creación y aplicación están al margen de imperativos éticos, de reglas utilitarias, necesidades económicas, o conveniencias políticas.

Cuando analizamos el derecho en relación con el modo de producción capitalista, y su desarrollo histórico en tanto configuración del imperialismo y los (pos)neoliberalismos, queda en evidencia su carácter «falaz», en tanto ideología, que oculta la dominación que impone el orden de libertad en el mercado.

A su vez, esta «falacia» da cuenta de la construcción mítica del derecho, constantemente actualizado, como lo ha resaltado Fitzpatrick en relación con la obra considerada como una de las más influyentes en la teoría jurídica contemporánea, el concepto del derecho de H.L.A. Hart (Fitzpatrick, 1998, pp. 196-225). Pero el carácter mítico no se reduce a las construcciones teóricas y analíticas del derecho, sino también en la forma en cómo se naturaliza y normaliza las relaciones de dominación y explotación del capital.

4. El derecho moderno desde una perspectiva marxista: el derecho útil al capital

En las investigaciones sobre el derecho, el Estado y la política desde una perspectiva marxista se reiteran lugares comunes reduccionistas, por ejemplo, que los análisis de Marx eran los de un «economista», que se ocupó únicamente del «factor económico» de la sociedad.

De forma reiterativa se afirma que Marx fue, en última instancia, un teórico de la explotación. Se afirma que en su obra está ausente la cuestión del poder, lo político y lo jurídico; que no existe una teoría marxista del derecho; que la legalidad burguesa sería simple «reflejo» de la estructura económica de la sociedad; o que el derecho queda reducido a la ideología de la clase dominante.

Para analizar en toda su complejidad la cuestión del derecho moderno, desde una perspectiva marxista, resulta preciso partir de dos premisas que superen las visiones superficiales de los académicos burgueses, o de marxistas ortodoxos, que se limitan a repetir reduccionismos y simplificaciones del pensamiento de

Marx, y recuperar los análisis heterodoxos sobre el derecho moderno, el Estado y la política.

La primera premisa es que la cuestión del Estado y el derecho no se reduce a la relación estructura-superestructura, en donde el Estado y el derecho moderno son concebidos como simple «espejo» o «reflejo» de la estructura económica (Borón, 2000, pp. 292-296; Kohan, 2013, p. 437; V. A. Sánchez, 2006, p. 7).

Y la segunda premisa es que el análisis del Estado no se resuelve en una ecuación matemática del tipo: “*Estado = poder coercitivo = gobierno de clase*” (Hobsbawm, 2011c, p. 64) y agregaríamos, dominio de clase a través del derecho.

Para superar dichos reduccionismos, proponemos avanzar en la necesaria una conceptualización del derecho moderno desde el proceso histórico del capitalismo, que nos permita comprender la categoría de análisis del «derecho útil al capital». Al respecto Marx señalaba en el prólogo de la contribución a la crítica de la economía política:

“Mi investigación desembocaba en el resultado de que, las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radica, por el contrario, en las condiciones materiales de vida cuyo conjunto resume Hegel, siguiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de «sociedad civil» y que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la Economía Política”(Marx, 1974 [1859], p. 182).

Esta cita de Marx deja en claro que el análisis marxista sobre el derecho se desmarca de la falacia positivista, en tanto que no se concentra únicamente en la ley ni en una comprensión del derecho como un sistema cerrado y completo, sino que su análisis debe estar sustentado en el devenir histórico, desde la «economía política» que implica realizar otras preguntas sobre el derecho, y ver el campo

jurídico desde una totalidad más amplia, que no se limita al reducido espacio de la ley, o el sistema jurídico.

4.1. El capital y su mistificación: el fetichismo de las mercancías

El capital para Marx no se define como una entidad fija, una cosa asible de forma concreta o una simple categoría económica. Se trata de una relación, en donde el dinero es puesto en el proceso productivo y de circulación para que produzca más dinero (Harvey, 2012, p. 41). En este sentido, los capitalistas puede llegar a asumir diversos roles: financieros, comerciantes, terratenientes, rentistas, agentes de bolsa, incluso el Estado, en donde cada uno en sus relaciones sociales busca obtener una ganancia (Harvey, 2012, p. 41).

El capital configura y estructura una forma particular de reproducción de la vida humana sustentada en la relaciones de explotación y dominación. En el estudio de Marx sobre el capital, explicó que un elemento novedoso de su análisis con relación a la economía política clásica, radicó en su postulado sobre la división que opera entre el trabajo vivo y el trabajo acumulado (muerto), que constituye al capital. “*¿Qué es el crecimiento del capital acumulado? Crecimiento del poder de trabajo acumulado sobre el trabajo vivo*” (K. Marx, 1974 [1867], p. 121).

En la relación dialéctica entre el trabajo vivo y trabajo muerto Marx introdujo el su comparación con la figura del «vampiro»⁵, como una forma de representar, la forma de explotación y dominación del capital. Al respecto afirmó:

⁵ Como explica Neocleous (2013), los análisis posmodernos y la literatura reciente sobre el capitalismo «zombie» han interpretado la figura del «vampiro» en Marx como un recurso literario de carácter metafórico, que queda reducido a un elemento discursivo en el análisis del capitalismo. Sin embargo, el autor planteó, como también los análisis que ha avanzado McNally (2012, pp. 10-11), que la figura del vampiro en Marx no se trata de un simple recurso literario, sino que ejemplifica de forma imaginativa la violencia de la dominación y explotación que ha terminado siendo naturalizada y normalizada, configurando una suerte de sentido común, en donde las figuras del «zombie» o el «vampiro» que en principio aparecen como exóticas e incluso mitológicas, exponen una representación concreta del proceso de acumulación de capital.

*“El capitalista compra la fuerza de trabajo por su valor diario. Le pertenece, pues, su valor de uso durante una jornada, y con él, el derecho a hacer trabajar al obrero a su servicio durante un día. Pero ¿qué se entiende por un día de trabajo? Menos, desde luego, de un día natural. ¿Cómo cuánto menos? El capitalista tiene sus ideas propias en punto a esta última Thule, a esta frontera necesaria de la jornada de trabajo. Como capitalista, él no es más que capital personificado. Su alma es el alma del capital. Y el capital no tiene más que un instinto vital: el instinto de acrecentarse, de crear plusvalía, de absorber con su parte constante, los medios de producción, la mayor masa posible de trabajo excedente. **El capital es trabajo muerto que no sabe alimentarse, como los vampiros, más que chupando trabajo vivo, y que vive más cuanto más trabajo vivo chupa**” [énfasis nuestro] (K. Marx, 1974 [1867], pp. 178-179).*

A Las formas de acumulación de capital, así como la acumulación por desposesión le es inherente la violencia, que para Marx no se reducen a una expresión de una supuesta mala voluntad de un determinado individuo, o un determinado déficit moral por parte de algunos capitalistas desenfrenados. La violencia está implícita en las condiciones objetivas del capitalismo como modo de producción de forma independiente a la buena o mala voluntad del capitalista. El capitalista puede respetar todas las garantías laborales definidas por el Estado, hasta puede llegar a ser un patrón que trate a sus trabajadores con «dignidad». Sin embargo, al tener la propiedad privada sobre los medios de producción, el capitalista aumenta su riqueza, mientras que el trabajador dependerá de la venta de su fuerza de trabajo como mercancía, que de forma objetiva se nos presenta como un ejercicio de fuerza y violencia (S. C. Pérez, 2013, pp. 4-6).

Sin embargo, la dominación y explotación del capital no sólo opera a través de la violencia, sino que también se sustenta sobre formas de dominación impersonal, que en principio, no requiere de formas de coerción física directa. La particularidad de la dominación del capital es su forma de ocultarse en la cotidianeidad y reiteración automatizada e irreflexiva en la compra y venta de mercancías, que

refuerza su dominación a través del fetichismo. Para comprender la dominación del capital, realizamos una breve síntesis de la ley del valor, que es donde se aloja el mecanismo de dominación y explotación oculto, bajo el libre intercambio mercantil.

Marx inició su análisis en el *Capital* desde un concepto abstracto, el valor, pero al mismo tiempo, concreto en la forma mercancía (Harvey, 2010, p. 15). “*La riqueza de las sociedades en que impera el régimen capitalista de producción se nos aparece como un «inmenso arsenal de mercancías» y la mercancía su forma elemental*” (C. Marx, 1974 [1867], p. 3). Bajo el régimen capitalista, son las mercancías los objetos que satisfacen necesidades humanas, las cuales son producto de la actividad social de transformación de la naturaleza, producto del trabajo humano.

En las relaciones de intercambio, las mercancías se manifiestan como valores, en su doble condición: valor de uso y valor de cambio. En los procesos de intercambio, el trabajo va a ser el contenido esencial de los bienes producidos, mientras que el valor será la forma externa por la que se intercambian las mercancías. “*Es sólo en su intercambio donde los productos del trabajo adquieren una objetividad de valor, socialmente uniforme, separada de su objetividad de uso, socialmente diversa*” (Marx, 2011 [1867], p. 19).

En la última sección de su primer capítulo, Marx se ocupó del “*fetichismo de la mercancía, y su secreto*”, en donde analizó el intercambio mercantil de equivalentes, a través de la forma «dinero», que va a constituirse como la unidad de cambio universal de todas las mercancías. En la sociedad capitalista, el «precio» de la mercancía, aparece como una existencia preeminente, que representa su valor, definido como tiempo de trabajo socialmente necesario.

Sin embargo, la representación mental del «precio» de las mercancías oculta su elemento esencial, el trabajo, y cristaliza su forma aparente, el valor. El

intercambio de mercancías aparece así desvinculado del trabajo humano que encierra la mercancía, así como las relaciones sociales involucradas en su producción. Así lo explicó Marx:

“En cambio, la forma mercancía y la relación de valor de los productos del trabajo en que esa forma cobra cuerpo, no tiene absolutamente nada que ver con su carácter físico ni con las relaciones materiales que de este carácter derivan. Lo que aquí reviste, a los ojos de los hombres, la forma fantasmagórica de una relación entre objetos materiales, no es más que una relación social concreta establecida entre los mismos hombres. Por eso, si queremos encontrar una analogía a este fenómeno, tenemos que remontarnos a la regiones nebulosas del mundo de la religión, donde los productos de la mente humana semejan seres dotados de vida propia, de existencia independiente, y relacionados entre sí y con los hombres. Así acontece en el mundo de las mercancías con los productos de la mano del hombre. A esto es a lo que yo llamo el fetichismo bajo el que se presentan los productos del trabajo tan pronto como se crean en forma de mercancías y que es inseparable, por consiguiente, del modo de producción” (Marx, 2011 [1867], p. 38).

En esta cita Marx remite al concepto del fetiche, entendido como la creencia de la existencia de objetos, naturales o artificiales, que encarnan fuerzas sobrenaturales o metafísicas, y, quién le rinde culto quedará protegido por sus fuerzas; y además, si posee las habilidades suficientes, podrá desarrollar la capacidad para disponer de dichas fuerzas para su propio beneficio. Las mercancías, que son productos del trabajo humano, transmutadas en valores en el mercado, son representadas como poseedoras, en sí mismas, de un precio que permite su intercambio. Pero Marx enfatizó que el precio de las mercancías es sólo una forma superficial y aparente. Las mercancías son productos del trabajo humano, inmersas en relaciones materiales de explotación y dominación. Así explicó Marx el secreto de las mercancías:

“El carácter misterioso de la forma mercancía estriba, por tanto, pura y simplemente, en que proyecta ante los hombre el carácter social del trabajo de éstos como si fuese un carácter material de los propios productos de su trabajo, un don natural social de estos objetos y como si, por tanto, la relación social que media entre los productores y el trabajo colectivo de la sociedad fuese una relación social establecida entre los mismos objetos, al margen de sus productores” (K. Marx, 1974 [1867], p. 37).

La explicación del fetichismo de la mercancía desde la «economía política de los muertos» resulta esclarecedora, para lo cual seguimos los planteamientos de Neocleous (2013):

“(…) lo relevante es el hecho de que el fetiche que Marx está describiendo es algo muerto. Dado que el capital es trabajo muerto, el deseo de vivir la propia vida a través de las mercancías es el deseo de vivir la vida a través de los muertos. Lo que Marx está haciendo es identificar nada menos que la “necromancia que rodea a los productos del trabajo” (una necromancia que “se desvanece tan pronto como llegamos a otras formas de producción”, es decir, el comunismo). El `horror del fetichismo es, por supuesto, que evoca “seres fantásticos”, “trascendentes” y “misteriosos”. Pero el horror también se encuentra en el hecho de que estos seres evocan de entre los muertos. Así, podríamos decir que el “secreto” del fetichismo de la mercancía es que le permite participar del reino de los muertos. El truco del fetichismo es, pues, que es el reino inorgánico de los muertos, en el que, no obstante, los muertos parecen vivos. La metáfora del vampiro es particularmente apropiada en este contexto, porque la metáfora es, en parte, la realización de la dominación de los muertos sobre los vivos. El vampiro está muerto y no muerto: él o ella es un “muerto viviente”, en el sentido de ser una persona “muerta” que se las arregla para vivir gracias a la sensibilidad de los vivos. Al ser devueltos a la vida de esta manera, el vampiro / mercancía viene a dominar, a través de una poderosa dialéctica de miedo y deseo

(...) *El vampiro como monstruo está relacionado profundamente con la raíz del término: desde monstrare, que significa “manifestar”, monstra, que quiere decir advertir o mostrar, monstrum, que significa “lo que revela”, o “quién advierte” y monere, que significa “advertir”. El vampiro como monstruo demuestra tanto la capacidad del capital como advierte de su peligro”* (Neocleous, 2013).

4.2. Del fetichismo de la mercancía al fetichismo jurídico

Pero el dominio y la explotación del mundo de los muertos, el del capital, no se reproduce desde la «mano invisible» del mercado, ni del movimiento espontáneo y automatizado del intercambio del dinero por mercancías. El modo de producción capitalista requiere de un «mando político» (Roux, 2005, p. 35), que establezca la ley común, cuya transgresión sea sancionada con la fuerza física. Al igual que el capital, el derecho responde a una interacción compleja de procesos, entre los cuales está la articulación de los flujos, acumulación y reproducción del capital.

En este punto retomamos los análisis marxistas sobre el derecho que se produjeron en los primeros años de la revolución socialista de la Unión Soviética, en especial, el trabajo de Evgeny Pasukanis en su obra *Teoría general del derecho y el marxismo*, para lo cual hacemos uso de las tres traducciones que se conocen al español (*B. E. Pasukanis, 1976a, 1976b; E. Pasukanis, 1976*).

Aunque sólo constituyen unos apuntes personales de clarificación como lo explicó Pasukanis (1976a, p. 35) en el prólogo a la segunda edición rusa, su obra contiene uno de los análisis marxistas más destacados y con un amplio reconocimiento, que viene siendo recuperado para avanzar en comprender el derecho contemporáneo en diversos campos dogmáticos, como el derecho internacional, el derecho penal, y la teoría jurídica crítica (Boyd, 2012; Head, 2008; Hunt, 1993; Koen, 2011, 2013; Miéville, 2006).

El análisis de Pashukanis parte por discutir con sus contemporáneos, en especial Reisner, quien sostenía una concepción subjetivista del derecho, que se concentra en el derecho como una experiencia psicológica del sujeto, y por ende, su naturaleza ideológica, en el sentido de «falsa representación» y distorsión de la realidad. Pashukanis se separó de este tipo de comprensión del derecho, que se reduce a las representaciones individuales sin tomar en consideración las condiciones objetivas en las que tiene lugar el derecho.

Pashukanis va a coincidir, en un principio, con los planteamientos de Stučhka. Para éste último autor, el derecho se enmarca en las relaciones sociales objetivas de una sociedad; punto de acuerdo que quedó planteado por Pashukanis en la siguiente pregunta: “*¿puede ser concebido el derecho como una relación social en el mismo sentido que Marx llamó al capital una relación social?*” aunque Stučhka respondió de forma afirmativa a esta pregunta, para Pashukanis su análisis no avanzó por determinar con precisión el contenido y la forma en que opera el derecho como relación social, esto es, no define cómo se concreta dicha relación.

Para Pashukanis (1976a, p. 160) la especificidad del derecho como relación social está en el intercambio de mercancías, por lo que va a plantear que “*el fetichismo de la mercancía es completado por el fetichismo jurídico*”. El autor trazó una relación inescindible entre la relación jurídica con la relación económica de intercambio de mercancías. En criterio de Pashukanis dicha unión estaba implícita en el análisis del Capital de Marx, en tanto que se dispone de una relación intrínseca entre la forma derecho y mercancía, que es el punto en donde se unen ambos fetichismos, el de las mercancías como el jurídico. Así lo explicó Pashukanis:

“Las relaciones de los hombres en el proceso de producción también revisten una forma doblemente enigmática en un cierto estadio de desarrollo. Por una parte, aparecen como relaciones entre cosas (mercancías), y por la otra, como relaciones de voluntad entre unidades independientes una de las otras, iguales

entre sí: como relaciones entre sujetos jurídicos. Al lado de la propiedad mística del valor, surge un fenómeno no menos enigmático: el derecho” (E. Pasukanis, 1976, p. 160).

¿Es la relación de sujetos jurídicos una mera manifestación ideológica que oculta las relaciones de dominación y explotación del reino de los muertos que consume trabajo vivo? Aunque Pashukanis no rechazó que el derecho hace uso de elementos ideológicos de la hegemonía dominante, no reduce el derecho a ser simplemente una manifestación ideológica. Aunque el derecho en su contenido tenga elementos para la opresión de clase, dicho análisis pierde de vista la forma jurídica como tal, y se concentra en un análisis sociológico del contenido normativo. Para el autor soviético, la teoría marxista del derecho debe seguir de cerca el análisis que hace Marx del modo de producción capitalista, y en especial, el punto de partida de Marx de la mercancía y su fetichización, para comprender las formas jurídicas del capital.

El análisis de Pashukanis de la relación del derecho / capital no es únicamente una constatación teórica, sino que existen ejemplos históricos que dan cuenta de dicha relación, a partir de los cuales planteamos la categoría de “derecho útil al capital”. En el análisis del sistema-mundial capitalista, Wallerstein reseñó la utilización de los mecanismos jurídicos para la apropiación de los excedentes económicos desde 1150 d.C. Al respecto señala el autor:

*“Lo que debemos visualizar entonces, cuando hablamos de feudalismo en Europa occidental, es una serie de minúsculos nódulos económicos cuyas poblaciones y productividad estaban en lento crecimiento, y en los que **los mecanismos legales garantizaban que el grueso del excedente fuera a parar a los terratenientes que tenían estatus de nobleza y poseían el control de la maquinaria jurídica**”* [énfasis nuestro] (Wallerstein, 2011 [1980], p. 26)

Marx también describió el uso de los mecanismos jurídicos para favorecer y utilizados al servicio del capital-vampiro, como parte de las estrategias de la acumulación originaria. Al respecto indicó:

*“El progreso aportado por el siglo XVIII consiste en que ahora **la propia ley se convierte en vehículo de esta depredación de los bienes del pueblo**, aunque los grandes colonos sigan empleando también, de paso, sus pequeños métodos personales e independientes. La forma parlamentaria que reviste este despojo es la de los Bills for Inclosures of Commons (leyes sobre el cercado de terrenos comunales); dicho en otros términos, decretos por medio de los cuales los terratenientes se regalan a sí mismos en propiedad privada las tierras del pueblo, decretos encaminados a expropiar al pueblo de lo suyo” [énfasis nuestro] (Marx, 1974 [1867], pp. 616-617)*

Proponemos comprender este proceso histórico desde la categoría «derecho útil al capital», en tanto explicita la relación estrecha de las formas jurídicas y el capital que el positivismo jurídico no se ocupa. Pero se trata de una relación compleja y contradictoria. No significa que el derecho y el capital sea la misma cosa, y que todo el derecho sea útil, única y exclusivamente el capital. El derecho puede tener muchos usos y su utilidad no es exclusiva del capital.

Desde esta categoría nos proponemos discutir las visiones neutrales de la teoría jurídica que trata de estudiar el derecho y el capital como si fueran entidades claramente diferenciadas y separadas, en donde el derecho responde a sus propias lógicas internas en su modelo racional y formal en la creación y aplicación de la ley. Y por otra parte, el capital y la esfera del “factor económico” que tiene sus propias lógicas y reglas, que pueden llegar a ser contrapuestas a los condicionamientos jurídicos.

A su vez, queremos debatir con la relación reduccionista y confirmatoria de construir “reglas útiles al capital” del llamado «análisis económico del derecho»

que se limita a un análisis de micro-economía del derecho, en donde las formas jurídicas se repliegan y someten a los principios de la eficiencia económica, que incluso se erige como principio de justicia (Mercado, 1994)

El análisis del derecho contemporáneo requiere tomar en serio esta relación, derecho y capital, que fue la apuesta de Pashukanis. A partir de la síntesis que propone Koen (2011, pp. 115-121) sobre los planteamientos centrales de Pashukanis, en tanto el contenido objetivo de la relación derecho, se presenta con exactitud la función estructural que cumple el derecho para el modo de producción capitalista. Las principales instituciones jurídicas capitalistas son: 1) la propiedad privada libre; 2) los sujetos de derechos y 3) la libre contratación.

El primer derecho humano y fundamental moderno, el de la propiedad privada libre de las ataduras feudales, sobre el cual en principio no va a operar ninguna forma de limitación. La propiedad privada del derecho moderno tiene un carácter absoluto, en su uso, goce y disfrute, sin ninguna limitación o interferencia más allá que la voluntad individual de su propietario.

El propietario encarna la operación de abstraer a los sujetos sociales en términos de sujetos de derechos. El sujeto de derecho como abstracción no solamente de los individuos y sus condiciones sociales de existencia, sino también su equiparación abstracta de la «personalidad jurídica» de las empresas, corporaciones, incluso del Estado, que se ha ido dispersando en un amplio conjunto de «personas jurídicas de derecho público». A este sujeto jurídico abstracto, el derecho moderno le reconoce una esfera de libertad en el mercado, lo que les permite realizar los intercambios, configurando la «voz» de las mercancías.

Koen sintetiza el concepto de sujeto de derechos, a partir de los planteamientos de Pashukanis así:

“El sujeto de derecho es un propietario de mercancías y viceversa. Ambos se unen en el proceso de intercambio. La circulación de mercancías no puede ser posible sin que cada propietario de mercancías tenga el estatus de sujeto de derechos, y por lo tanto, sólo cuando se es sujeto de derechos el propietario de mercancías puede hacer disponibles sus productos en el mercado. En otras palabras, el nacimiento y desarrollo del intercambio de mercancías implica el nacimiento y desarrollo del sujeto de derechos” [traducción libre] (Koen, 2011, p. 120).

Las relaciones en el mercado no están mediadas por lazos personales como en la esclavitud o el vasallaje, sino por formas impersonales como el contrato, que va a ser la figura jurídica central para el derecho moderno. *“El contrato, al interior de la lógica del capital, es la correa de transmisión que articula las partes que intercambian sus mercancías (trabajo por salario). El Estado es la “mano visible” que participa directamente en cuanto obliga al cumplimiento contractual y actúa como guardián del desarrollo de las “fuerzas productivas”. El contrato es la primera figura jurídica requerida por la institución económica”* (R. J. C. García, 2013).

Desde esta perspectiva podemos examinar la definición fetichizada del contrato desde la dogmática jurídica como el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular o extinguir obligaciones, de donde emerge la libertad de disposición del acuerdo y la igualdad para obligarse frente a otro par, y así generar la cohesión de intereses comunes, en donde cada parte obtiene un beneficio. Por el contrario, el contrato oculta y traslapa la desigualdad social y legitima la dominación, *“al apropiarse, primeramente, de la capacidad del trabajo corporal (“trabajo vivo”), subsumido por el contrato de compra-venta”* (R. J. C. García, 2013). Como lo explica Marx en los Grundrisse citado por García: *“[...] la condición es que el trabajador, en primer término, disponga de su capacidad de trabajo a título de propietario libre, se conduzca con ella como mercancía [...] En segundo término [...] disponga [...] de la mercancía que tenga para ofrecer, para la venta, sea precisamente su capacidad laboral viva, existente en su corporalidad viva”*.

El derecho moderno y su relación inescindible del reino de los muertos vivientes, van a tener en el proceso de la codificación su máxima expresión técnico-científica, orientada hacia el cálculo capitalista, la estabilidad que requieren los flujos e intercambios a través de la seguridad jurídica, y en general, las llamadas «reglas del juego» como son definidas por el paradigma neoinstitucionalista, para el correcto funcionamiento del orden del capital.

La codificación representa el ideal racional-formal expuesto por Weber sobre el derecho. Sin embargo, con el derecho contemporáneo asistimos a la emergencia de una explosión legislativa, una auténtica avalancha de normas, que va a generar una degradación de las normas jurídicas, pérdida de la técnica legislativa orientada hacia normas generales de carácter impersonal y abstracto, a regulaciones legislativa altamente detalladas y orientadas a grupos poblacionales específicos, de un carácter específico y concreto. El ideal sistémico del positivismo y la gesta codificadora se desvanece ante la inflación legislativa, y la avalancha regulativa, con múltiples centros de producción, lo que multiplica contradicciones, repeticiones, y conflictos del ordenamiento jurídico, que cada vez resulta más alejado del ideal sistémico de organización u ordenación jerárquica de sus dispositivos normativos.

La emergencia del derecho útil produce un desplazamiento del derecho desde el ámbito de la racionalidad formal a la racionalidad material, en tanto que las norma están orientadas para la consecución de fines y metas definidos por las políticas públicas, encaminadas a la consecución de resultados según los intereses sociales definidos desde el Estado. El derecho va a estar caracterizado por una profunda penetración de criterios materiales: económicos, sociales, políticos, éticos, e incluso, estéticos. Esto obliga a que las dinámicas jurídicas y sus elementos tradicionales sean desbordados en todos los sentidos. Y el paradigma del positivismo jurídico no logre explicar estos elementos que termina por expulsarlos como extra jurídicos irrelevantes para su teoría del derecho (G. M.

Calvo, 2005a, pp. 21-23). En nuestro análisis el fin del derecho como instrumento, va a ser la acumulación de capital, que va adquirir formas sofisticadas desde nuevas definiciones legales, complejos marcos contractuales, extensos marcos regulativos, entre otros dispositivos jurídicos.

Este inmenso arsenal de formas jurídicas, que adquieren las más variadas formas de expresarse, que no logran estar contenidas únicamente en el texto del Código, operan también como medio de control social más incisivo y penetrante, en donde cada aspecto de la vida social está detallado en una regulación estatal que define obligaciones, prohibiciones o autorizaciones, con el fin de establecer normas de conducta sobre los sujetos. Las relaciones sociales están atravesadas por un entramado regulativo que la cotidianidad, su uso reiterativo normalizan estas formas regulativas y sólo en casos de conflictos emergen la profunda regulación de la vida social. El derecho le brindará al capital un entramado normativo para la regulación de la vida común, que da un valor simbólico a las interrelaciones humanas. De esta forma se conjuga la racionalidad económica con el momento jurídico-estatal que lo hace posible, y se crean nuevas normas o se innovan en combinaciones para mantener constante el flujo del capital.

La avanzada del mundo cada vez más privado en el que vivimos, nos conduce a una reducción del derecho a las lógicas comerciales-mercantiles del derecho de los contratos, la propiedad, las obligaciones, y las transacciones en el mercado. La construcción del modelo del derecho público, como contrapuesto al privado, hace de dicha diferenciación un simulacro de las formas dogmáticas del positivismo jurídico, que intentan mantener dicha separación, pero en donde cada vez la figura de “personas jurídicas de derecho público” ya no implica necesariamente una serie de prerrogativas y reglas diferentes a la del derecho privado.

El derecho útil al capital no es un monopolio exclusivo del Estado. La avanzada privatizadora y los agentes del mercado en diversas escalas, con diversos alcances y limitaciones, se apropian de la producción de normas, que pueden

llegar a tener un carácter plenamente jurídico y sancionatorio desde el Estado, pero no siempre y en todos los casos, la desestructuración del derecho permite que los privados también no sólo produzcan las reglas sino que interpreten las normas para favorecer los intereses útiles para acrecentar su capital, que blinde sus procesos y utilizar todas las herramientas jurídicas que permitan favorecer sus procesos de acumulación.

El derecho útil al capital demanda de amplia flexibilidad para su funcionamiento, con el fin de lograr su efectividad. La consecuencia de esta flexibilidad genera espacios de indeterminación jurídica que de entrada *“supone debilidad de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas a favor de un importante incremento de márgenes de discrecionalidad que, indirectamente, hacen factible el éxito de todos tipo de presiones y circunstancias de oportunidad”* (G. M. Calvo, 2005a, p. 31)

La racionalidad que impone el derecho útil al capital implica un desbordamiento del modelo de adjudicación del modelo liberal burgués del juez como boca de la ley, en donde la metodología tradicional tiene poco espacio. Aspectos tales como la subsunción deductiva, especificación del significado de las normas para el caso concreto, etc., tiene un espacio reducido en el ámbito de operación del derecho elástico a los mandatos del capital. Esto genera espacios de discrecionalidad que puede ser aprovechados por los agentes que operan el derecho útil al capital, en diversos ámbitos, desde los elementos técnicos en donde los jueces y abogados tienen pocos criterios y elementos para la toma de decisiones, pasando por las coyunturas políticas y de oportunidad que requieran una intervención.

Los jueces en el proceso de adjudicación están orientados por la búsqueda del espíritu de la ley, la única decisión correcta, la intención del legislador. Ante el declinamiento del método racional-deductivo, emergen nuevas metodologías de análisis que les permita mantener su modelo de búsqueda de la única solución correcta a partir de complejas y sofisticadas teorías y análisis desde la principio de

proporcionalidad de los derechos fundamentales (Bernal, 2005), o las diversas teorías de la argumentación (Atienza, 1997 [2001]). Las burocracias político administrativas del derecho útil deben buscar los caminos para la realización de las políticas públicas, lo cual debe pasar por otra lógica administrativa de definir objetivos, metas, comportamientos, acciones, donde además de los fines de la ley están guiadas por consideraciones de eficiencia y efectividad (G. M. Calvo, 2005b, pp. 29-31).

Hasta este punto, se puede resumir que el derecho moderno tiene por función garantizar el marco que permita el desarrollo del modo de producción capitalista. El derecho moderno se debe encargar de brindar las garantías de libertad e igualdad en el proceso de intercambio entre los sujetos de derechos, proteger y garantizar el goce de los derechos de propiedad, obligar el cumplimiento de los contratos; regular los aspectos anarquistas y destructivos de la competencia en los ámbitos de producción, circulación e intercambio.

A través del derecho moderno se busca lograr arbitrar entre los distintos intereses al interior de la clase capitalista, no necesariamente siendo neutral, o como el ideal burgués de representante del interés general. A través del derecho se libra una pugna de poder para imponer los intereses de la facción que logre su control. El Estado debe proveer la infraestructura social y física necesaria para la circulación y movilización de las mercancías y el capital, bienes públicos que los capitalistas no prevén suministrar, y menos aún, sin obtener beneficio alguno (Harvey, 2007b).

4.3. Mediaciones políticas: ¿La función «social» del derecho?

El campo jurídico (Bourdieu, 2000 [1987], pp. 158-159) no se limita ni circunscribe únicamente al marco de las relaciones de intercambio capitalista, sino que a su vez es un espacio en disputa y de mediación política y reivindicativa, que también es utilizado por la hegemonía conservadora para el sostenimiento y mantenimiento de su dominación.

Bajo la configuración del Estado en el modelo de democracia social burguesa, a través del derecho se van a establecer una serie de garantías para la protección del conjunto amplio de derechos, pero con un carácter antagónico sin resolver. Por una parte el desarrollo de los derechos civiles y políticos, caracterizados como transferencias de poder a los ciudadanos para ser exigidos ante el Estado. Este marco de los derechos se ha ampliado de forma progresiva hacia los llamados económicos, sociales y culturales, lo que no ha sido del todo pacífico, y aún con resistencias en su reconocimiento como derechos humanos fundamentales; y de forma reciente, la ampliación del catálogo de los derechos hacia los categorizados como «colectivos», que superan los márgenes individuales y buscan la reivindicación de pueblos y comunidades.

Pero al mismo tiempo, es el mismo derecho el que garantiza la libertad de la explotación, con el fin de obtener un lucro privado, y la monopolización de los medios de producción, en donde la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre circulación de las mercancías y el sostenimiento de la división capital/trabajo, están amparadas por el manto de la legalidad.

En el modelo de democracia burguesa se establece una división entre el poder económico de los intereses privados, y el poder político, de lo público. División que queda reforzada cuando se establece que el poder económico de una clase queda reducido a la consigna de una persona un voto, que es la base inmediata del poder político. En esa medida se refuerza la idea de Estado como representante de los intereses públicos, un agente neutral. Sin embargo, Marx y Engels van a polemizar sobre el carácter neutral y desinteresado del Estado moderno en el Manifiesto del Partido Comunista:

“Cada etapa de la evolución recorrida por la burguesía ha ido acompañada del correspondiente progreso político (...) la burguesía, después del establecimiento de la gran industria y del mercado universal, conquistó finalmente la hegemonía

exclusiva del poder político en el Estado representativo moderno. El Gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa” (Marx, 1974 [1847-1848], p. 35).

Lenin (Citado por B. J. Fernández, 2005, p. 16) definió que la dominación del Estado es la “violencia organizada”, que es la forma en como las clases dominantes imponen ciertos intereses políticos, sociales, y económicos. Pero además de estos mecanismos, Miliband (1978) y Gramsci (1975) dan cuenta que la dominación de clase desde el Estado burgués también pasa por otra serie de mecanismos más penetrantes y sutiles.

En especial Gramsci (Citado por B. J. Fernández, 2005, pp. 17-18) avanzó en explicar que la hegemonía política en el Estado democrático burgués se logra a través de su control indirecto, a manera de concesiones que no tienen un interés económico inmediato para la burguesía, pero que logran mantener un control social que mitigue el descontento de las clases subordinadas, pero hasta cierto punto y con límites precisos de no alterar la relación capital-trabajo, y manteniendo intacta la dominación en el mercado.

En este punto se aloja una contradicción de la democracia burguesa que necesita del consentimiento de las clases sometidas, pero a su vez tiene que expresar el interés de la clase dominante. Para resolver esta contradicción, el Estado toma una parte activa en lograr el consentimiento de las clases subordinadas a través no sólo de la represión y las formas violentas y coercitivas, desde su violencia legal, pasando por el terrorismo de Estado; pero a su vez por medio de la generación de consenso generalizados, de acuerdos y negociaciones políticas en el sostenimiento y mantenimiento de la hegemonía.

En este sentido, coincidimos con los planteamientos del Comandante Ernesto Guevara (Citado por B. J. Fernández, 2005, p. 18) *“el capitalismo recurre a la fuerza, pero además, educa a la gente en el sistema. La propaganda directa se*

realiza por los encargados de explicar la ineluctabilidad de un régimen de clase, ya sea de origen divino o por imposición de la naturaleza como ente mecánico. Esto aplaca a las masas que se ven oprimidas por un mal contra el cual no es posible la lucha". Y a su vez con el Comandante en Jefe Fidel Castro (Citado por B. J. Fernández, 2005, p. 18), que afirmaba: "el imperialismo dominaba no sólo las estructuras económicas sino dominaba las instituciones políticas, dominaba las instituciones culturales, universidades, dominaba los medios de comunicación masiva: la televisión la radio, los periódicos, la imprenta el cine, la literatura".

El derecho y sus funciones sociales ofrecen un espacio privilegiado para resolver, de forma sólo aparente, la contradicción de mantener el dominio de clase con el consentimiento de las clases subalternas. A partir del reconocimiento de la lucha de clases entre el capital y el trabajo, el Estado aparece como mediador, portador del interés general, que a través de su accionar logre ganar la fidelidad de las clases subordinadas. Estas sería concesiones que sólo benefician a las clases subordinadas, como el establecimiento de por ejemplo garantías laborales para los trabajadores consignadas en códigos laborales; el establecimiento de políticas sociales dirigidas a la garantía de los mínimos vitales; en donde también cabría encajar las nuevas «políticas del reconocimiento», del multiculturalismo neoliberal, en donde el Otro es reconocido a través del mercado.

Según Harvey (2007c, p. 295) las mejores políticas son aquellas que de forma simultánea soportan la ideología dominante del interés general, y a su vez proporcionan un beneficio de acumulación para la clase capitalista. En este sentido, la relación entre el Estado y las luchas de clases pasan a un terreno ambiguo, en donde la figura que presenta al Estado burgués y su derecho moderno como una conspiración capitalista en contra del proletariado debe ser matizada, por los otros elementos que está en el juego y en la correlación de fuerzas que presione al capital a conceder beneficios, pero que tengan bajo su control la opresión de clase.

La relación jurídica que cohesiona a dominadores y dominados está atravesada por el conflicto y está constantemente amenazada por desbordar la sumisión hacia la subordinación e insurrección de los dominados. Es un acuerdo inestable, producto de la dominación y la obediencia, siendo una interrelación social que no es recíproca y que en ocasiones puede usarse a favor de los dominados, a través de la norma jurídica, pero que no queda resuelto de una vez para siempre, sino que será un conflicto permanente.

Pero en esta relación de fuerza, no podemos perder de vista cuál es la función del derecho en el modo de producción capitalista. Es por ello que podemos afirmar que la lucha contra el capitalismo no queda reducida a una lucha por el derecho, ya que sobre este se desarrolla y soporta el modo de producción capitalista. El derecho moderno, y la forma de racionalidad formal, corresponden plenamente a la circulación y flujo de capital, en tanto que la racionalidad se aloja en el cumplimiento de los contratos, que es una ley para las partes, que además es acordado ente sujetos libres e iguales. Lo justo, en el mercado, es el intercambio de equivalentes, que va expresar la forma más pura y acabada de la igualdad. El derecho, y allí radica la centralidad de los planteamientos de Pashukanis, es partícipe y sustento de la relación del capital.

Sin caer en los mismos reduccionismos que pretendemos criticar, el derecho puede tener otros usos y servir como espacio de mediación para la negociación de los intereses antagónicos y contrapuestos, pero no podemos perder de vista que la lucha contra el capitalismo no es una lucha por el derecho moderno y su plena realización, por el contrario, el cumplimiento del derecho significa el normal funcionamiento del capitalismo, pues las leyes del capital están alineadas con las normas jurídicas.

Esta dialéctica del derecho la expuso Marx en sus conclusiones en el análisis de la jornada de trabajo sobre las victorias legales de la clase obrera, como mecanismos de defensa, de lucha y reivindicación, pero que a su vez quedan

circunscritas a la función del derecho moderno en el capitalismo, por lo que pueden llegar a establecer auténticas victorias de los trabajadores contra el capital, pero que no logran dominarlo y destruirlo, sino limitar, o en el mejor de los casos disminuir la dominación y la explotación, pero no su superación. Serán, en su mayor grado de éxito, un obstáculo a la acumulación del capital pero no implicará su anulación. En este sentido, concluyó Marx irónicamente:

“Para “defenderse” contra la serpiente de sus tormentos, los obreros no tienen más remedio que apretar el cerco y arrancar, como clase, una ley del Estado, un obstáculo social insuperable que les impida a ellos mismos venderse y vender a su descendencia como carne de muerte y esclavitud mediante un contrato libre con el capital. Y así, donde antes se alzaba el pomposo catálogo de los “Derechos inalienables del Hombre”, aparece ahora la modesta Magna Charta de la jornada legal de trabajo, que “establece, por fin, claramente dónde termina el tiempo vendido por el obrero y dónde empieza aquel de que él puede disponer” Quantum mutatus ab illo! [¡Qué gran transformación!]” (Marx, 2011 [1867], pp. 364-365).

Ahora bien, no se trata tampoco del extremo al que han llegado los planteamientos de los esposos Comaroff (2006, pp. 27-41) y otros conceptos como el de «la legalidad cosmopolita subalterna» (De Sousa Santos & Rodríguez, 2007, pp. 21-22) que desde la metafísica de la dialéctica «derecho/desorden», o desde las «estrategias legales, ilegales y no legales», se pretende reemplazar el antagonismo de clases, por batallas jurídicas, en donde el mundo contemporáneo está desbordado de litigios, donde la lucha de clases ha sido reemplazada por la lucha de acciones jurídicas.

La definición del contenido de la relación social que contiene el derecho es un campo en disputa, que está directamente relacionado con la correlación de fuerzas entre las partes antagónicas. Pero no se agota en el litigio, o en la victoria legal. La contra hegemonía puede hacer uso de los mecanismos jurídicos, que pueden brindar importantes herramientas de lucha, pero teniendo presente que la

juridificación de los procesos implica reduccionismos técnicos, limitación y domesticación de los malestares y satisfacciones parciales, un campo adicional de batalla, pero que no acota una transformación de la reproducción capitalista, que permita avanzar hacia un horizonte anticapitalista. Al respecto, Marx sintetizó estos postulados en su análisis de la jornada de trabajo en los siguientes términos:

*“Pugnando por alargar todo lo posible la jornada de trabajo, llegando incluso, si puede, a convertir una jornada de trabajo en dos, el capitalista afirma sus derechos de comprador. De otra parte, el carácter específico de la mercancía vendida entraña un límite opuesto a su consumo por el comprador, y, al luchar por reducir a una determinada magnitud normal la jornada de trabajo, el obrero reivindica sus derechos de vendedor. Nos encontramos pues, ante una antinomia, ante dos derechos encontrados, sancionados y acuñados por ambos por la ley que rige el cambio de mercancías. **Entre derechos iguales y contrarios, decide la fuerza.**”* [Énfasis nuestro] (K. Marx, 1974 [1867], p. 180).

5. Las formas jurídicas en los (pos)neoliberalismo en América Latina: el fetiche del constitucionalismo aspiracional

El tránsito hacia la democracia en los Estados-nación de América Latina marcó un auge regional de procesos constituyentes para la construcción de nuevos pactos constitucionales, que estaban en sintonía con la tendencia mundial de nuevas constituciones tras el fin de la guerra fría (Klug, 2000). Se trató de un impulso por (re)escribir textos constitucionales que literalmente estaban arrasando el mundo por su fe ciega en poder marcar un nuevo inicio, una especie de borrón y cuenta nueva: marcar una ruptura radical con el pasado colonial, las extremas inequidades, los gobiernos autoritarios y la exclusión política. Se trata de un intento por lograr que a través de nuevos pactos políticos se superen condiciones históricas de dominación y explotación, acompañados del nuevo patriotismo constitucional (Comaroff & Comaroff, 2006, pp. 22-23).

Este proceso marca el surgimiento de un tipo de derecho constitucional denominado “constitucionalismo aspiracional”⁶. Se trata de una idea constitucional que intenta superar la visión que sobre la Constitución desarrolló Ferdinand Lassalle (2005, p. 41) como reflejo de los factores reales de poder en un momento y lugar históricos precisos; o la idea de la consagración de una carta de derechos como límites al poder soberano, que sería el tipo de “constitucionalismo preservador”, el cual se contrapone a este nuevo modelo constitucional (García Villegas, 2013, p. 80).

Los nuevos textos constitucionales se debaten entre su carácter jurídico, de aplicación inmediata de una norma, y por otra parte, por su carácter político de pretensiones futuras, por la construcción de mejores sociedades. El signo distintivo del constitucionalismo aspiracional radica en proponer como fin último “alcanzar el progreso social y un futuro mejor para la sociedad” (García Villegas, 2013, p. 79).

En este sentido, el constitucionalismo indio y surafricano caminan por la senda de proyectar el progreso de la sociedad depende de tener buenas constituciones, que contengan un conjunto de “aspiraciones” para la construcción de una sociedad futura sustentada en los ideales de paz, justicia, libertad y un largo etcétera, que irrumpe como un corte radical en la configuración de sociedades sometidas a la modernidad capitalista colonial.

Las coordenadas históricas del nuevo modelo constitucional se rastrean a través del mecanismo del trasplante legal (Watson, 1974, 1982-1983) desde tres modelos hegemónicos precisos:

a) el esquema norteamericano, como primer constitucionalismo moderno;

⁶ Esta expresión ha sido sólo una de sus denominaciones. Bajo este mismo proceso se enmarca el denominado “nuevo derecho” (J. L. García, 2012); el “neoconstitucionalismo” (Uprimny, 2011); o el “patriotismo constitucional”.

b) el modelo europeo, especialmente de la tradición francesa y roussoniana con el paso de la sociedad estamental a la garantía formal de la libertad, la igualdad y la propiedad (Fioravanti, 1999);

c) el modelo europeo de posguerra del Estado social que interviene en la economía con fines redistributivos, que se encarga de prestar servicios públicos universales y el disfrute efectivo de los derechos (M. D. E. López, 2003). De esta forma se configura el Estado Constitucional como el producto más acabado del proyecto de la Ilustración (G. I. Gutiérrez, 2001/2002).

En América Latina este impulso constitucional fue iniciado en Brasil (1988) seguido por Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), y Ecuador (1998) (Jiménez, 2008; Uprimny, 2011). Para el caso de Costa Rica (1989), México (1992) y Argentina (1994) se introdujeron reformas de amplio calado, semejantes a los demás cambios constitucionales. Un caso interesante es la constitución de Venezuela (1999) considerada como puente entre las reformas de los años ochenta y noventa y los nuevos modelos del socialismo del siglo XXI (Pisarello, 2010). Los recientes casos de Bolivia (2008) y Ecuador (2009) caracterizados como anticapitalistas y anticolonialistas, se presentan como una superación del modelo liberal, que avanzan hacia otras formas experimentales como las plurinacionales, interculturales, aunque compartirían algunos elementos del modelo aspiracional (Uprimny, 2011).

Este conjunto de textos constitucionales se caracterizan por adoptar la forma de Repúblicas independientes en general, la fórmula de Estado social y democrático de derecho como forma de Estado; regímenes democráticos que buscan un diseño institucional que promueva la democracia participativa; división de poderes y la creación de organismos autónomos como la Banca Central o los Ombusman para la defensa de los derechos humanos; un amplio reconocimiento de derechos fundamentales, civiles y políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos; mecanismos judiciales de protección de los derechos reconocidos en la

constitución, y en estrecha relación, la creación o renovación de la jurisdicción constitucional con tribunales o salas especiales; el fin de la unidad nacional por formas multiculturales, plurinacionales, interculturales; el amparo sobre grupos tradicionalmente discriminados, en donde se reconocen derechos especiales de ciudadanía multicultural, prohibiendo todas las formas de discriminación y estableciendo políticas de acciones afirmativas; la adopción del derecho internacional de los derechos humanos (Uprimny, 2011); economías de mercado, la libertad de empresa, la propiedad privada así como la función social de la propiedad, crecimiento sostenido, planeación, y control de la inflación (Jiménez, 2008; Uprimny, 2011).

Los análisis sobre la emergencia del nuevo constitucionalismo de carácter aspiracional se concentran en el diseño institucional sobre los derechos, los mecanismos judiciales para su protección, la configuración del aparato de administración de justicia, así como nuevas instituciones para la defensa y protección de dichos derechos.

Pero no únicamente los diseños institucionales permiten la introducción de cambios sociales, sino que se requiere de apoyos políticos y movilización social que exija los postulados de los textos constitucionales. Ahora bien, la movilización no requiere de un acontecimiento histórico «revolucionario», la misma constitución brinda los elementos para la movilización en donde la estrategia jurídica ante los tribunales constitucionales es un lugar privilegiado para lograr avanzar en los postulados constitucionales.

La revolución está contenida y encapsulada en las cláusulas de la Constitución, en sus postulados progresistas, aspiracionales, si se quiere, futuristas, que por medio de diversas estrategias, pero en especial, las vías judiciales, son las que permiten detonar esa «cláusulas dormidas» y desatar la revolución que está inmersa en el texto de la Constitución.

Desde esta perspectiva, se considera que existe una brecha cada vez más amplia entre los postulados y principios maximalistas de la justicia social que dispone la Constitución, con las políticas económicas que impulsan los diversos gobiernos.

Lo que argumentamos aquí, es que la estrategia de la hegemonía conservadora del (pos)neoliberalismo(s), ha incorporado también el modelo del «constitucionalismo aspiracional», que está aún lejos de contener los postulados de una «revolución», sino que hace parte más bien de las mediaciones y de la estrategia dominante para brindar un horizonte de posibilidades y marcos de acción para la reivindicación política, que se ajuste a los marcos de la racionalidad-formal del derecho positivo, mientras que al mismo tiempo, la acumulación por desposesión sigue avanzando, ahora amparada por el marco constitucional, bajo el ideal del desarrollo económico y el progreso para la superación del subdesarrollo.

Por una parte, los textos constitucionales incorporan no solamente los principios maximalistas de «justicia social», sino también de los elementos nodales para sustentar la reestructuración capitalista, tales como la propiedad privada, la libertad de empresa, libre mercado, transformación del Estado para no ser prestador de servicios públicos sino ser guardián del mercado, avanzada que no se detiene, sino que por vías de reformas y enmiendas a la Constitución se afinan los instrumentos del capital como en Colombia, hasta incorporar el principio (¿derecho fundamental?) de la sostenibilidad fiscal, incluso para limitar los avances que en materia de derechos sociales se habían alcanzado a través del proceso de la judicialización.

La revolución pasiva de la clase dominante pasa por utilizar de forma estratégica el discurso y las banderas de las reivindicaciones de las izquierdas, a través de conceptos como «función social de la propiedad», «justicia social», amplio reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, entre otros elementos, que quedan vaciados de su contenido emancipador, liberador y

revolucionario, para ser dóciles e inofensivos para la reestructuración capitalista. Lo cual ha generado una despolitización de los movimientos sociales al encontrarse incorporados dentro del texto constitucional, y en el mejor de los casos, acudir a la estrategia de la judicialización de la política para avanzar sus reivindicaciones.

Como hemos venido argumentando el análisis constitucional no puede darse al margen del desarrollo y reestructuración del proyecto del capital, del llamado reino de los muertos vivientes, y las demás figuras monstruosas contemporáneas en cómo se nos presenta el capital en nuestro mundo contemporáneo. Consideramos que este auge constitucional y el modelo aspiracional cumple un papel mediador.

El campo jurídico del nuevo constitucionalismo pasa a ser una instancia por la lucha de los derechos, pero siempre acotados a no ir en contra del mercado ni del gran capital. Es por ello que argumentamos que la concentración en los textos constitucionales, sus derechos y mecanismos judiciales de protección es una forma renovada del fetichismo jurídico mercantil, al fetichismo jurídico constitucional, que ve en los textos constitucionales una especie de «revolución en potencia» o «revolución dormida», que debe ser despertada por la movilización social y el apoyo político al proyecto. Esto no significa, que a partir de dichos textos no se tengan posibilidades mejorar las condiciones de existencia de las personas y las comunidades, pero no van a lograr por la dicha vía una transformación estructural que supere al capitalismo y la destrucción que implica esta forma de organización de la sociedad.

Capítulo II El (pos)neoliberalismo en Colombia a partir de su cambio constitucional y la política social en salud

En la década de los años noventa se impulsaron profundas reformas políticas, sociales y económicas en Colombia. Se destacan el cambio de la centenaria constitución política de 1886 y la creación de un nuevo sistema general de seguridad social, que argumentamos, van a dar cuenta de la avanzada (pos)neoliberal en Colombia. Para su análisis partimos del desarrollo histórico en el tránsito del régimen de acumulación sustentado en la industrialización hacia un régimen flexible de «financiarización»⁷. Analizaremos el cambio constitucional de 1991 como expresión del «constitucionalismo aspiracional» (García Villegas, 2013) o también llamado «neoconstitucionalismo» (G. C. Rodríguez, 2008, pp. 37-45; 2010-2011, p. 1671; 2012, pp. 164-165) y la configuración de la política social en salud.

1. La avanzada (pos)neoliberal y el conflicto social y armado en Colombia: la doctrina del shock por medios (i)legales

En Colombia la violencia y el terrorismo de Estado han sido legitimadas por el imperio de la ley bajo el amparo de diversas ficciones jurídicas. La dialéctica de la violencia legítima / legal con la violencia ilegítima / ilegal, y sus diversas combinaciones, evidencia en Colombia su extrema complejidad, en donde se alientan y promueven en un proceso en donde su distinción y estricta separación se pierde y difumina (Benjamin, 2006, pp. 173-174; Comaroff & Comaroff, 2006, p. 37).

La violencia legal/ilegal nos remonta a un amplio proceso, que podemos rastrear desde la colonización de América, legitimada por figuras jurídicas como el Tratado

⁷ Se entiende por financiarización como un proceso complejo, que además de la autonomización del capital dinero y el capital especulativo, que marcan el surgimiento del «capitalismo casino» (V. J. Hernández, 2012), también incluye el sometimiento del conjunto de la sociedad, incluido el Estado, a la lógica del capital financiero. El capital que surge de la financiarización concentra las funciones productivas, comerciales y crediticias, eliminando la intermediación y distribución de la ganancia entre capitalistas, como el modelo que están implementando las empresas de servicios públicos domiciliarios (Á. J. Estrada, 2010b).

de Tordesillas (Rumeu de Armas, 1992), pasando por la sacralización de la letra de la ley de las reales cédulas, en tiempo de la Colonia, y las constituciones en la era republicana (Rama, 1984, p. 44). La máxima «se acata pero no se cumple», sintetiza la compleja relación histórica entre violencia y ley que aún tiene vigencia en América Latina (Araujo, 2009).

El fin de la hegemonía conservadora y la irrupción de la modernización capitalista a inicios del siglo XX en Colombia marcó un proceso de violencia legal/ilegal muy complejo, resistido por una férrea protesta popular, en los conflictos agrarios, los enclaves norteamericanos y de transportes, así como las protestas cívicas en Bogotá y de los artesanos de «gente muy rebelde» (Vega, 2002a, 2002b, 2002c, 2002d).

En la compleja relación ley y violencia, Colombia representa un caso particular. Entre 1952 y 1994 estuvo 35 años bajo el estado de sitio, una forma de violencia legalizada. Esta forma jurídica permitió al gobierno de turno, amparado en las reglas democráticas, fortalecer los elementos autoritarios del régimen político, bajo la figura del «estado de excepción» (Díaz, 2009; Gallón, 1979; García Villegas, 2001). Para analizar este proceso de violencia legal/ilegal tomamos como punto de partida el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán el 9 de abril de 1948 (Osorio, 2003, pp. 291-302), hecho que desató una protesta social, fuertemente reprimida conocida como «el bogotazo». Este hecho detonó la violencia partidista entre liberales y conservadores, guerra entre los subalternos de uno y otro partido, sin que las élites fueran afectadas.

En esta época surgen las primeras guerrillas liberales gaitanistas, combatidas por el ejército colombiano, con el apoyo del bandolerismo, con figuras como el «pájaro» y el «chulavita», patrocinados por el partido conservador. Ante la guerra sucia del Estado, se produjo el llamado hacia la autodefensa de las masas que realizó el Partido Comunista colombiano, creado en julio de 1930 a partir de una división del Partido Socialista Revolucionario de 1926 (PSR) (Vega, 2002d, pp. 45-

47). Ya para 1928 las leyes represivas como la ley de Defensa Social, conocida como «ley Heroica» disponía pautas para la represión (O. H. Calvo, 2008, p. 36).

El presidente Laureano Gómez (1950-1951) decretó que quién se opusiera a las Fuerzas Armadas sería un «bandido», autorizando al ejército a ejecuciones sumarias (O. H. Calvo, 2008, p. 64). Las guerrillas del Llano, bajo el liderazgo de Guadalupe Salcedo van a promulgar las Leyes del Llano, consideradas como una *“constitución agrarista que fundaba un Estado”* (Molano, 2012). En 1953 se firmó la paz con las guerrillas del Llano, y en 1957 el líder ex guerrillero, Guadalupe Salcedo, fue asesinado en Bogotá a manos de agentes del Estado (O. H. Calvo, 2008, pp. 66-69).

A partir del Frente Nacional (1958-1974) se inauguró el uso reiterativo de los estados de excepción en Colombia. Se trató de un pacto político entre las élites de los partidos liberal y conservador para el reparto del poder del Estado. Pero también fue un acuerdo de punto final sobre la responsabilidad de la violencia desatada entre ambas colectividades. Según Behar, el Frente Nacional fue: *“ese pacto de olvido, para extirpar de la memoria colectiva esa década atroz. Un pacto de amnesia. Mientras la prensa hizo de su parte “el pacto de caballeros” con su silencio para no dar a la imprenta tanta sangre”*(Citado por O. H. Calvo, 2008, p. 81).

Al mismo tiempo se introdujeron una serie de cambios en la política económica, ante los límites que evidenciaba el modelo de industrialización por sustitución de importaciones (ISI), la acumulación sustentada en el mercado interno y las tendencias a la crisis de rentabilidad capitalista.

Las primeras medidas consistieron en la promoción de las exportaciones en el gobierno de Lleras Restrepo (1966-1970) bajo el supuesto de aumentar la competitividad de la industria nacional, proceso que continuó con el gobierno de Misael Pastrana (1970-1974) y la *“financiación de vivienda basado en las unidades*

de poder adquisitivo constante” (Á. J. Estrada, 2004). Se reforzó en la presidencia de Alfonso López Michelsen (1974-1978) que bajo la asesoría de Ronald McKinnon, economista de la Universidad de Standford, otro bastión de las teorías neoliberales junto con la escuela de Chicago de Milton Friedman, diseñó la reforma tributaria y financiera. Con estas reformas se buscó lograr la expansión del mercado de capitales y estimular la actividad financiera en el país (Á. J. Estrada, 2004, p. 66).

Motivados por el triunfo de la revolución cubana de 1959, en este periodo surgen diversas organizaciones guerrilleras con diferentes reivindicaciones ante el cierre político del frente nacional y la falta de una reforma agraria, con una amplia diversidad de enfoques y propuestas de lucha para la toma del poder(O. H. Calvo, 2008).

El Ejército de Liberación Nacional (ELN) se creó en 1964. Ganó popularidad con el ingreso de Camilo Torres Restrepo, sacerdote que rompió con la tradición conservadora de la iglesia católica (Claux, 2011, p. 104; V. M. López, 1990; Umaña, 2003, p. 69).

Tras el desastre político y militar de la operación Marquetalia, el 20 de julio de 1964 en la Asamblea General de Guerrilleros se proclamó el «Programa Agrario Guerrillero» y en 1965 se proclamó en la Segunda Conferencia Guerrillera, el nacimiento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC (Alape, 1985, 2000; Medina, Toloza, Beltrán, Romero, & Caicedo, 2009).

En 1967 surge el Ejército Popular de Liberación (EPL) bajo la teoría de la «guerra popular prolongada» (Harnecker, 1988). En 1973 surgen guerrillas urbanas como el M-19, bajo la consigna «con el pueblo, con las armas, al poder» (Lara, 1982).

El estado de sitio permitió la promulgación de normas jurídicas como el «Estatuto Orgánico de la Defensa Nacional» que autorizó la conformación de grupos

paramilitares. El decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965 estableció en su artículo 25: *“todos los colombianos, hombre y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad”*. Y El artículo 33 dispuso: *“El Ministro de Defensa Nacional, por conducto de sus comandantes autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas de uso privativo de las Fuerzas Armadas”*(O. H. Calvo, 2008, pp. 108-109).

El gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982) marcó la profundización de la represión y la violencia legal a través del decreto extraordinario 1923 del 6 de septiembre de 1978, conocido como el «estatuto de seguridad». A través de dicha norma las fuerzas armadas militares y policías tuvieron amplias facultades, incluso judiciales; se crearon delitos referentes a la «perturbación del orden público», entre otras medidas que criminalizaron cualquier protesta social. La legislación y juicio de militares por civiles, *“fue lo más cercano al modelo represivo impuesto en los regímenes dictatoriales del continente, al rebasar todos los límites legales de la legislación ordinaria”* (O. H. Calvo, 2008, p. 126). Fue la época de las detenciones masivas, las torturas y graves violaciones a los derechos humanos bajo la consigna: *“es mejor condenar a un inocente que dejar en libertad a un guerrillero”*, en donde la acción de las fuerzas armadas alcanzó el rango de ideología de Estado(O. H. Calvo, 2008, p. 126). En este periodo surge la triple A, Alianza Anticomunista Americana, articulada desde las fuerzas militares y con el apoyo de Estados Unidos (O. H. Calvo, 2008, p. 135).

La crisis petrolera de los años setenta, el fin del patrón oro y el desplome del modelo fordista de producción marcaron una profunda crisis capitalista mundial. Se demandó nuevos espacios para la reproducción del capital. Esto requirió modificar la división internacional del trabajo, promover la transnacionalización de las economías, estimular las formas deslocalizadas de producción y la reducción

del Estado periférico, para el libre flujo de mercancías y de capital especulativo (Capella, 1997, pp. 167-172).

La década de los años ochenta marcó uno de los picos de la emergencia del para-estado, con el crecimiento en el espiral de violencia del complejo conflicto social y armado entre las fuerzas militares, sus alianzas con grupos paramilitares, guerra de guerrillas, y poderosos narcotraficantes. Entre agosto de 1989 y abril de 1990 fueron asesinados tres candidatos presidenciales para las elecciones de ese año: Luis Carlos Galán por el partido liberal; Carlos Pizarro León-Gómez por la Alianza Democrática AD-M19; y Bernardo Jaramillo de la Unión Patriótica (O. H. Calvo, 2008, pp. 143-165), lo cual debilitaba los incipientes intentos para la construcción de la democracia. Al respecto Palacio y Rojas afirmaban en 1989 (Citado por Á. J. Estrada, 2010b):

“(...) el paraestado no sólo tenía una fracción del capital que empezaba a ser predominante, sino que los empresarios de la cocaína, aliados con otras fracciones del capital, empezaron a tener el control territorial y bases sociales populares en algunas regiones del país (...) estamos frente a una especie de “paraestado”. Incluye una poderosa facción capitalista; un aparato represivo militar; gastos en bienestar social; control territorial regional y un restringido pero eficaz apoyo popular” (Citado por Á. J. Estrada, 2010b, p. 21).

La Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar marcó un momento histórico en el conflicto armado colombiano, en tanto que las diversas fuerzas insurgentes se unieron para negociar con el Estado. Sin embargo, el proceso se resquebrajó cuando en 1990 el gobierno nacional de Virgilio Barco (1986-1990), en declaración conjunta con los líderes del movimiento guerrillero M-19, el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el grupo insurgente indígena Quintín Lame anunciaron al país un pacto de diálogo para la entrega de las armas y su incorporación a la democracia y la política nacional (M. J. Giraldo, 1994). La intervención de los señores de la guerra, los hermanos Castaño, quienes luego constituirían las

Autodefensas Armadas de Colombia AUC fue fundamental en el proceso de desmovilización del EPL, que pasó a llamarse Esperanza, Paz y Libertad. Para la época, Fidel Castaño estaba condenado por la justicia por crímenes de lesa humanidad y había asumido la jefatura del cartel de Medellín (O. H. Calvo, 2008, pp. 208-209).

Siguiendo a Javier Giraldo, la negociación de paz con estos grupos se caracterizó por no generar una transformación de fondo. Las reivindicaciones de las guerrillas se limitaron a unos beneficios individuales para el grupo desmovilizado. *“Parece que lo que está en juego es la participación en el poder (a muy pequeña escala) del grupo desmovilizable, o bien, un paquete de beneficios de diverso orden para sus dirigentes: uno o dos curules en el Congreso, pensiones de reinserción, préstamos para proyectos productivos, escolta y carros blindados, algunos millones para fundaciones y creación de ONG; perdones y olvidos, dos o tres espacios de prensa para anunciar su proyecto político [...]”* (M. J. Giraldo, 1994).

2. La inflexión posneoliberal del gobierno Gaviria (1990-1994)

César Gaviria Trujillo era el jefe de campaña, cuando se produjo el asesinato de Luis Carlos Galán, ambos lideraban el llamado «nuevo liberalismo». El partido eligió a Gaviria como candidato único. Esto le dio un fuerte apoyo en el voto de opinión, por lo que heredó el caudal político y alta favorabilidad de asesinado candidato Galán. Finalmente Gaviria fue elegido como presidente de Colombia (O. H. Calvo, 2008).

La avanzada de las políticas neoliberales en Colombia inició en la década de los setenta, de forma simultánea a la represión por vía legal de los estados de excepción. Sin embargo, siguiendo a Estrada (2004, p. 71) existe un consenso de calificar la administración de César Gaviria (1990-1994) como un punto de inflexión en la avanzada neoliberal. Su gobierno introdujo de forma acelerada un paquete de reformas de amplio calado, aprovechando la popularidad alcanzada en

su elección, el voto de opinión en contra de la violencia exacerbada en su momento, y el cambio de la Constitución de 1886 bajo su gobierno (Á. J. Estrada, 2004).

César Gaviria Trujillo es economista de la universidad de los Andes y político profesional, ocupando varios cargos importantes, desde su desempeño como alcalde de Pereira, su ciudad natal, luego como Ministro de Hacienda y Crédito Público en la administración de Virgilio Barco (1986-1990). Tras su presidencia en Colombia ocupó el cargo de Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, hasta el año 2004. Gaviria hace parte de la élite intelectual que para inicios de los noventa mantenía posiciones ortodoxas a favor de la apertura económica y la centralidad del mercado para el desarrollo económico (Á. J. Estrada, 2005, p. 28).

El Plan Nacional de Desarrollo del gobierno Gaviria denominado «la Revolución Pacífica» estaba orientado bajo tres ejes: los nuevos mandatos de la apertura de las fronteras nacionales a los productos extranjeros; la profundización de la modernización del Estado hacia la creación de nuevos mercados, lo que implicaba el fin de los monopolios estatales en la provisión de servicios; y una inversión social dirigida a la focalización de la población pobre y el subsidio de la demanda (T. C. Gaviria, 1991).

Armando Montenegro⁸, Director del Departamento Nacional de Planeación (DNP) durante el gobierno Gaviria, que luego pasó a ser Director Ejecutivo Alterno del Banco Mundial, sintetizó el programa de gobierno así: *“el Gobierno ha reconocido, como lo hizo la opinión pública, que en lo económico, como en lo político, la edad de la tutela paternalista había pasado a la historia, para ceder el paso a una nueva*

⁸Armando Montenegro es Ingeniero Industrial de la Universidad Javeriana de Colombia, tiene una Maestría en Economía y Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Ohio y un Ph.D en Economía de la Universidad de Nueva York. Es socio fundador y director de Ágora, “una alianza estrategia con Rothschild, uno de los principales bancos de inversión del mundo (...) que ha estado entre los primeros bancos de inversión de Fusiones y Adquisiciones en Colombia”. (“<http://www.agoracorp.com>,”).

era, donde la iniciativa de cada uno encuentre su espacio y su atmósfera”(T. C. Gaviria, 1991).

El gobierno retomó los lineamientos definidos al final de la administración Barco del Programa de modernización de la economía colombiana que trazaba las líneas generales para la reforma hacia la apertura económica y la denominada «modernización» del Estado. Sin hacer referencia explícita al «Consenso de Washington», el diagnóstico y las medidas a implementar presentaban una notoria coincidencia con aquél programa de reforma (Á. J. Estrada, 2004, p. 73).

Para impulsar estos cambios el presidente Gaviria se rodeó de un grupo joven de tecnócratas, que fueron nombrados en altos rangos del Estado, conocido como el “kínder de Gaviria”⁹. Este grupo, perteneciente a la élite intelectual del país, se caracterizó porque en su mayoría habían estudiado en universidades privadas y adelantaron estudios de posgrados en Estados Unidos, bajo la influencia de las ideas en boga de la economía neoclásica y el enfoque monetarista del neoliberalismo (Á. J. Estrada, 2004, pp. 73-74), así como tener buenos vínculos con los organismos multilaterales (Á. J. Estrada, 2005, p. 26).

Las reformas del gobierno a su vez fueron impulsadas por una fuerte campaña ideológica sustentada en el lema: «apertura económica y modernización del Estado». La campaña se centró en el mito del progreso (Escobar, 2005) para hacerle frente al rezago en el que estaba el país. La carga ideológica era evidente en su discurso: *“a una economía cerrada debía oponérsele una economía abierta, a un Estado atrasado y arcaico debía oponérsele un Estado moderno”* (Á. J. Estrada, 2004, p. 74). Con estricto apego al consenso (pos)neoliberal, las reformas se presentaban como absolutamente necesarias. La consigna del gobierno fue: «bienvenidos al futuro».

⁹ Este grupo de tecnócratas aparece de nuevo como asesores en el gobierno de Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014) (Lewin, 2013).

Este primer grupo de reformas impulsadas por la vía legislativa fueron aprobadas en la segunda legislatura de 1990 y sancionadas a principios de 1991. A través de estos dispositivos jurídicos se avanzó en la agenda de la desregulación económica y se dispusieron las bases para la reforma estructural del Estado (Á. J. Estrada, 2004, pp. 74-82).

Uno de los sectores objeto de reforma fue el mercado de trabajo con la ley 50 de 1990. La justificación era mejorar la competitividad de la economía nacional en los mercados internacionales, aumentar las tasas de ocupación, generar estabilidad en el empleo, permitir la contratación laboral directa y adaptar la jornada laboral a las nuevas tecnologías y los nuevos modos de producción. Sin embargo, esta norma estaba dirigida a la flexibilización laboral para darle una mayor margen de manejo al patrón para que dispusiera de la fuerza de trabajo y reducir el precio de los contratos laborales (Á. J. Estrada, 2004, pp. 74-75).

También se tomaron medidas para la liberalización del comercio exterior, conocido como la apertura económica. Con el documento Conpes 2494 de octubre de 1990, se definieron los lineamientos para el desmonte de los aranceles y la eliminación de requisitos como la licencias para realizar importaciones. Una decisión política que no requirió de ningún consenso, ni tampoco trámites al interior de las demás instituciones del Estado. Se trató de una decisión unilateral del Presidente Gaviria y el Ministro de Desarrollo Económico, Ernesto Samper Pizano¹⁰: *“El plan era disminuir el nivel conjunto de arancel y sobretasa del 33,5% vigente en noviembre de 1990, a 14,6%, en 1994”* (Dinero.com, 2013a).

Según Gaviria, la falta de discusión de estas medidas fue consecuencia de la Asamblea Nacional Constituyente: *“Gaviria atribuye el escaso debate que suscitó*

¹⁰ Abogado de la Universidad Javeriana. Político profesional quien ejerció varios cargos al interior de Estado en diferentes gobiernos, así como cargos de elección popular. Presidente de Colombia en 1994-1998. Una semana después de su elección, su rival en la contienda por la presidencia, Andrés Pastrana, reveló una serie de grabaciones que lo inculpaban de recibir financiación del Cartel de Cali en su campaña presidencial; hecho que desencadenó el proceso 8.000 y marcó todo su gobierno.

la apertura económica al hecho de que simultáneamente se discutía la Constituyente y la atención del país estaba centrada en ella” (Dinero.com, 2013a). A su vez, la apertura fue reforzada por la ley 7 de 1991 “por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica”. Con estas medidas se buscó someter la producción nacional a la competencia externa y supuestamente forzar el desarrollo tecnológico para el aumento de la productividad y la eficiencia (Á. J. Estrada, 2004, p. 76).

El mercado de capitales fue desregulado para incentivar el ahorro y los flujos de capital. La reforma financiera adoptada en la ley 45 de 1990 permitió la banca múltiple, y levantó las restricciones a la inversión extranjera en el sector financiero, entre otras medidas *“para facilitar la reorganización de la propiedad a través de la absorción, fusión, escisión o liquidación de instituciones financieras, todo ello unido a la decisión política de privatizar los bancos estatales” (Á. J. Estrada, 2004, p. 77).*

La ley 9 de 1991 puso fin al monopolio estatal al control de cambios, privatizando el mercado de divisas. Esta era una medida para estimular el flujo de capitales, pero también como explica Estrada (2004, p. 78), devela el carácter de «doble moral» de las élites gobernantes con el negocio del narcotráfico, que era perseguido por las fuerzas del Estado, pero a través de este tipo de decisiones patrocinaban la incorporación de sus recursos a los circuitos legales de acumulación, que en la práctica quedaron «legalizados» en el mercado paralelo de divisas y posesión de activos en el exterior (Á. J. Estrada, 2004).

En este mismo sentido explica Calvo, citando un informe del gobierno estadounidense:

“Sin embargo, mientras las reformas económicas avanzan, los barones colombianos de la droga han tomado ventaja de las reformas del gobierno y han capitalizado los beneficios de una economía más abierta y liberal. La reforma ha creado más oportunidades y brindado a los narcotraficantes mayores facilidades para lavar y proteger sus fortunas ilícitas en Colombia. La privatización de importes bancarios colombianos, junto con la liberalización del mercado cambiario, han permitido a los narcotraficantes colombianos influir veladamente en las políticas y las operaciones de ciertos bancos nacionales [...] Cada vez que un dólar entra en las cuentas bancarias de los jefes del narcotráfico la influencia política y económica que ejercen en el gobierno aumenta [...] Los narcotraficantes están en capacidad de influir en la estructura de las relaciones bancarias y financieras con el fin de lavar, legitimar y salvaguardar su riqueza ilícita con facilidad y sin ninguna repercusión legal”(O. H. Calvo, 2008, p. 233).

El sector de las telecomunicaciones venía siendo desregulado desde la ley 72 de 1989, y a sólo doce días de iniciada la administración Gaviria se expidieron los decretos 1900 y 1901 de 1990, para acelerar el proceso. Incluso estas normas se adelantaron a la Constitución Política de 1991, *“en conceptos como privatización, desmonopolización, competencia, servicios públicos domiciliarios, gasto social, sistema de concesiones, etc.”* (Citado por Á. J. Estrada, 2004, p. 78).

Otra serie de cambios en este mismo sentido se produjeron en la infraestructura portuaria del país. Mediante la ley 1 de 1991, se decidió la liquidación de Colpuertos y los ferrocarriles nacionales y se disponía un régimen de concesión portuaria (Á. J. Estrada, 2004, p. 79). Frente a este proceso de apertura y fin de los monopolios estatales, en los muelles de Cartagena el presidente Gaviria indicó: *“Es necesario echar hoy abajo esa pared que limita el crecimiento y el bienestar general”* (Dinero.com, 2013c), refiriéndose al contexto reciente de la caída del muro de Berlín, extrapolando su concepción del Estado como el muro a superar.

Si bien este conjunto de cambios normativos permitieron avanzar el programa de gobierno, la anterior Constitución de 1886 imponía serios obstáculos para los cambios estructurales de mayor calado que se pretendían imponer, dirigidos a una reestructuración profunda del Estado y sus instituciones. Por lo tanto, el cambio constitucional se convirtió en un imperativo con el fin de lograr una transformación profunda de las estructuras constitucionales que redefiniera el papel del Estado (Moncayo, 2004). Siguiendo a Moncayo:

“La estructura de nuestro anterior sistema jurídico-constitucional no se diseñó para el proceso de privatización de las empresas públicas; para someter el gasto público, especialmente el llamado gasto social, a lo que se estimó como las demandadas de los particulares; para la generalización de las relaciones laborales precarias; para la apertura económica; para la eliminación de los subsidios, y, en fin, para entronizar el mercado como juez supremo de la asignación de los recursos y la distribución del ingreso, la riqueza y el consumo”(Moncayo, 2004, p. 199).

Para el gobierno de Gaviria la avanzada del proyecto (pos)neoliberal demandaba una reforma constitucional que se adecuara a las diversas reformas económicas que habían logrado avanzar por la vía legislativa, pero que la estructura del Estado de la Constitución de 1886 era considerada como una barrera que debía ser superada. Por esta razón Gaviria y su equipo de asesores asumieron la reforma a la Constitución como una prioridad de gobierno, con el fin de adecuar la forma estatal al proyecto económico (pos)neoliberal.

3. La nueva Constitución Política de 1991: pieza fundamental de la estrategia (pos)neoliberal

La Constitución Política de 1991 tiene un papel central en el derecho útil al capital y su relación con la estrategia (pos)neoliberal, en tanto que su introducción y profundización va a estar legitimada a través de la retórica de la democracia

participativa y la búsqueda de la paz, a través del mercado y la mercantilización de los servicios públicos como la salud.

Siguiendo los análisis críticos sobre el cambio constitucional (Á. J. Estrada, 2004, 2005, 2010a; J. Estrada, 2008; Jiménez, 2008; Mejía, 2002; Moncayo, 1990, 2002, 2004), dicha modificación dio legitimidad a la avanzada (pos)neoliberal tras las figuras progresistas de la ampliación de la democracia participativa, la definición del Estado como Social de Derecho, y los derechos humanos. Sin embargo, los elementos centrales para la reestructuración del capitalismo quedaron intactos, y a través de la “ambigüedad calculada” (G. M. Calvo, 2005a, pp. 249-259), la ductilidad de las formas constitucionales (Zagrebelsky, 1999, pp. 14-15) y la flexibilidad de enunciados del texto constitucional, tales como: “economía de mercado”; “libertad de empresa”; “eficiencia”, entre otros, se ha permitido una interpretación y aplicación del texto constitucional según los mandatos del derecho útil al capital.

Existe un consenso por parte de la dogmática del derecho constitucional de valorar la Constitución de 1991 en general como parte del «neoconstitucionalismo» (G. C. Rodríguez, 2008, 2012) o «constitucionalismo aspiracional» (García Villegas, 2013). En especial la cláusula del Estado Social de Derecho se ha interpretado como un principio que irradia todo el texto constitucional en tanto que orienta la actividad del Estado y que implica un compromiso fuerte con la justicia social, la libertad y las políticas sociales dirigidas a la reducción de la brecha entre ricos y pobres, mejoramiento de la calidad de vida, y la dignidad humana (Arango, 2004; E. M. J. Cepeda, 2007c; M. L. E. Pérez, Uprimny Yepes, & Rodríguez, 2007).

Contrario a este consenso, proponemos argumentar que el cambio constitucional en Colombia y la fórmula del Estado Social de Derecho no puede analizarse de forma aislada al momento histórico en que se produce, en especial, como hemos venido analizado, las reformas y la reestructuración del capitalismo bajo la égida

(pos)neoliberal. En este sentido, la Constitución Política de 1991 la identificamos, siguiendo a Stolowicz (2012, p. 25), como el elemento articulador del consenso (pos)neoliberal. Para el caso específico de Colombia es la fórmula del Estado Social de Derecho, la que condensa y sintetiza la reestructuración capitalista y su forma de legitimación, vaciando el contenido de justicia social que evoca dicha fórmula. A continuación realizamos un análisis del proceso constitucional en Colombia, para comprender este proceso de vaciamiento y de normalización del supuesto capitalismo de lo “social” en el caso colombiano.

3.1. Los antecedentes jurídico-políticos del proceso constituyente

Desde finales de la década de los años setenta se venía ventilando la idea de un cambio constitucional en Colombia a partir de diversos actores y con intereses no siempre convergentes. En 1984 los grupos guerrilleros y movimientos sociales proponían convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de llegar a un espacio amplio de discusión y concertación, que no pasara por el Congreso de la República. En 1987 el tema fue retomado por el presidente Carlos Lleras Restrepo ante la escalada de la violencia contra la justicia en el país (Dávila, 2002).

A inicios de los noventa se empezó a decantar estas iniciativas del cambio constitucional. Se buscaba que el nuevo pacto constitucional rompiera con la tradición republicana de reformas al texto constitucional por uno de los partidos políticos tradicionales, liberal o conservador, o por una coalición tras una guerra civil, golpe de Estado o cambios anticipados o dirigidos por la élite gobernante (Valencia, 2010, p. 62).

Se fue generando un consenso amplio en la sociedad en donde convergían los partidos tradicionales, los movimientos sociales, políticos y populares, nuevos partidos políticos, grupos armados desmovilizados, la academia, los estudiantes y los medios de comunicación más influyentes en torno a la idea de convocar al pueblo para proclamar una nueva Constitución (P. C. González, 1989).

La historia constitucional de Colombia ha estado caracterizada por un profuso cambio y reformismo constitucional desde su consolidación como Estado-nación. Valencia resumió los cambios constitucionales así:

“Colombia tuvo quince constituciones generales o nacionales: dos (en 1811) durante la guerra de independencia (1810-1819); cinco (en 1819, 1821, 1828 y 1830) durante la Gran Colombia (1819-1830); cuatro (en 1831, 1832, 1843 y 1853) durante la Nueva Granada (1830-1858); tres (en 1858, 1861 y 1863) durante la federación (1858-1886); y una, [...] la de 1886, en el umbral de la Regeneración (1886-1903)” (Valencia, 2010, p. 129).

La última Constitución de 1886 fue reformada en 67 oportunidades en el periodo comprendido entre 1894 y 1986 (Valencia, 2010, pp. 175-195).

Pero tras este profuso cambio constitucional y el reformismo exacerbado no está el «genio jurídico» celebrado por los manuales de derecho constitucional, sino un *“dispositivo ideológico enderezado a prevenir el cambio social y producir un consenso político”* (Valencia, 2010, p. 61). Para Valencia Villa (2010, pp. 61-63) la historia constitucional de Colombia se caracteriza como una sucesión de constituciones que describe como «cartas de batalla», en donde la facción triunfante se imponía por la fuerza de la ley. La guerra y la violencia se libraban también en el campo jurídico, de forma simultánea. Las cartas de batalla se erigen como una especie de culto a las formas republicanas, en tanto que las élites liberales y conservadoras lograban bloquear cualquier intento de la insurgencia por una transformación estructural.

En el gobierno Barco se intentó en 3 oportunidades una reforma adicional, la número 68 a la Carta de 1886, sin éxito. El primer intento de reforma fue la convocatoria de un plebiscito el 30 de enero de 1988 (E. M. J. Cepeda, 2007b, p. 341), bloqueado por el bipartidismo para la construcción de un acuerdo con las

fuerzas políticas tradicionales (Jiménez, 2008, p. 69). Fruto de este acuerdo se propuso un referendo que se llevaría a cabo en octubre de 1988 (E. M. J. Cepeda, 2007b, p. 341) , pero fue declarado inconstitucional por el Consejo de Estado porque era el Congreso el único facultado para reformar la Constitución (Jiménez, 2008, p. 70).

El gobierno optó por presentar un proyecto de acto legislativo, en julio de 1988. El proyecto estaba compuesto por 181 artículos denominado «democracia participativa y justicia social» que buscaba una legitimación de las instituciones, así como cumplir con los cambios políticos, sociales y económicos asumido por el gobierno Barco. Se trataba de una transformación del Estado a la reestructuración del capitalismo sustentada en la democracia participativa y la búsqueda de la paz. El proyecto fue retirado en diciembre de 1989 ante la eliminación de la extradición de nacionales, que fue modificado por en el Congreso para favorecer a los narcotraficantes (Jiménez, 2008, pp. 70-73).

Ante este escenario, el gobierno de Barco y sus asesores se dieron a la búsqueda de un mecanismo que permitiera la reforma constitucional por vías diferentes a las dispuestas en la Carta Constitucional de 1886. En este contexto, la iniciativa de los estudiantes de las universidades privadas, «Todavía podemos salvar a Colombia», se alineaba a los objetivos del gobierno de un cambio constitucional. A pesar de sus diferencias ideológicas, «el movimiento estudiantil por la constituyente» también apoyó el proceso de la séptima papeleta (Lemaitre, 2009, pp. 101-102). Según Humberto de la Calle: *“el movimiento estudiantil sirvió como detonante para mostrar que la forma de lograrlo era una especie de auto-convocatoria”*(Jiménez, 2008, p. 76). Con la particularidad de ser un movimiento estudiantil que no fue reprimido (Amaya, 2013, p. 23) ni sufrió el terrorismo de Estado que por la misma época operaba en el exterminio de la Unión Patriótica (O. H. Calvo, 2008, pp. 173-177), el movimiento estudiantil se desintegró en 1990 antes de las elecciones de los constituyentes (Lemaitre, 2009, pp. 114-117).

El estudio jurídico para buscar la viabilidad del cambio constitucional, ante las vicisitudes de los intentos de cambio en el gobierno Barco, y que además lograra evitar el control de la Corte Suprema de Justicia (Ahumada, 1996, p. 177) contó con la participación de la asesoría de Fernando Cepeda¹¹ y su hijo, Manuel José Cepeda, éste último, uno de los miembros más jóvenes del kínder del presidente Gaviria (Á. J. Estrada, 2005, p. 31).

Manuel José Cepeda es abogado de la Universidad de los Andes con estudios de posgrado en la Universidad de Harvard y tiene un papel protagónico en la estrategia jurídica calificada como una «astucia abogadil» (Valencia, 2010, p. 205) que permitiría la convocatoria a la Asamblea Nacional Constitucional. De hecho, Cepeda y su estrecha amistad con Fernando Carillo¹², profesor de la Universidad Javeriana y la Universidad del Rosario, quien participó activamente en el movimiento estudiantil, que abandonó para formar parte de la Asamblea Nacional Constituyente (Lemaitre, 2009, p. 116), jugaron un papel importante de articulación entre la propuesta de los estudiantes y el gobierno para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (Lemaitre, 2009, p. 116nota al pie 50). La estrategia fue denominada «plan de asalto» que daba cuenta del carácter pragmático del escrito para el cambio constitucional (Ahumada, 1996).

La «teoría constitucional» que permitió abrir el camino a la Convocatoria de la Asamblea Constitucional se dio a través del decreto de estado de sitio 927 de 1990 durante el gobierno de Barco. Según Cepeda, *“un pueblo que se autoconvoca y un estado de sitio que se puede utilizar para crear las bases políticas e institucionales para la paz: en esas dos frases se resume la teoría constitucional*

¹¹ Politólogo de la Universidad Nacional que “se alejó de la enseñanza pública para meterse de lleno en la vida privada” (R. Semana, 1986), participó en la creación de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes y otros centros de investigación de dicha universidad, así como la docencia en la cátedra de ciencia política. En el gobierno Barco se desempeñó como Ministro de Gobierno y de Comunicaciones, ligado a la élite intelectual norteamericana (R. Semana, 1986).

¹² Tras su paso como constituyente se integró al gobierno de Gaviria como Ministro de Justicia. En el gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014) se desempeña como Ministro del Interior hasta septiembre de 2013, cuando pasó a ser embajador del Reino de España.

construida para abrirle un camino a la asamblea dentro del orden jurídico”(M. J. Cepeda, 1993, p. 343).

La declaración del estado de sitio abrió las puertas para que el próximo presidente, César Gaviria (1990-1994) liderara el proceso constituyente. Sin embargo, el Procurador General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez¹³ alertó a la Corte Suprema de Justicia del camino jurídico que adoptaba el gobierno para avanzar en la reforma constitucional. En su criterio,

“Lo que se quiere presentar como la suprema manifestación de la democracia participativa puede quedar reducido a un cheque en blanco para que el próximo presidente, y sus asesores, veinte, treinta o cuarenta individuos sean quienes decidan cuál es el camino a seguir para convocar la “Constituyente” (Citado por Ahumada, 1996, p. 180).

3.2. La convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente

Dando continuidad a los avances de la administración Barco para una reforma constitucional, el gobierno de Gaviria se aseguró de lograr un acuerdo político con las fuerzas políticas tradicionales y el nuevo partido político Alianza Democrática M-19 (AD-M19), con el fin de llevar a buen término la reforma. De este acuerdo político fue excluida la Unión Patriótica y los estudiantes a pesar de ser estos últimos los convocantes (Dávila, 2002, p. 169).

A través del decreto 1926 de 1990 se presentó a la opinión pública el acuerdo político sobre la asamblea nacional constitucional, en donde se determinaron los elementos procedimentales así como su alcance y temario a discutir (Jiménez, 2008, p. 81). En una decisión controvertida, aprobada con 14 votos de 26 posibles (Ahumada, 1996, pp. 181-182; E. M. J. Cepeda, 2007b, pp. 344-346), la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la constitucionalidad del decreto. Sin

¹³ Político de Chaparral Tolima. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Congresista y Ministro de Justicia y del Derecho en el gobierno Santos (2010-2¿?).

embargo, consideró que la limitación temática era contraria a la convocatoria del constituyente primario, que no podía ser limitado en su soberanía. A pesar de ello, el gobierno Gaviria logró mantener su decálogo temático y metodológico como eje central sobre el cual se desarrolló el proceso de la Asamblea, que con el fallo de la Corte adquirió el carácter de constituyente, y no simplemente constitucional (Jiménez, 2008, p. 79).

El 9 de diciembre de 1990 se votó la elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Las elecciones se caracterizaron por el abstencionismo, que alcanzó el 75% del electorado potencial (Jiménez, 2008, p. 94). Con un total de 70 delegados, se conformó un foro de amplia pluralidad de actores: desde los partidos tradicionales: liberal con 25 constituyentes; 9 para conservador y 11 al Movimiento de Salvación Nacional formado por una división del partido conservador y liderado por Álvaro Gómez Hurtado. Por Alianza Democrática M-19 se contó con 19 constituyentes, y los indígenas, la Unión Patriótica y los grupos evangélicos tuvieron cada uno dos delegados. El partido revolucionario de los trabajadores (PRT) y el movimiento indígena Quintín Lame tuvieron un representante cada uno pero sin derecho a voto (Jiménez, 2008, pp. 94-95). Las comunidades negras quedaron excluidas del proceso (R. Sánchez, 2002, p. 82).

No obstante, la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente «nace muerta» (Mejía, 2002), pues el mismo día en que se produce la elección de los constituyentes, el gobierno lanza una ofensiva militar contra el principal campamento del secretariado de las FARC-EP, ubicado en Casa Verde, que representaba el símbolo de los diálogos de paz durante diez años con esa guerrilla. Los asesores del gobierno Gaviria, aplicando sus conocimientos técnicos adquiridos en Estados Unidos en los manuales de ciencia política, concluyeron que el ataque conduciría a un éxito político y militar toda vez que las FARC-EP habían quedado sin ningún apoyo tras la caída del muro de Berlín y el ocaso de la Unión Soviética (Medina et al., 2009). Sin embargo, el ataque no dejó ningún éxito

militar y significó un fracaso político para el gobierno (O. H. Calvo, 2008, pp. 214-217).

Este ataque a la guerrilla tenía un poder simbólico importante, ya que la Asamblea Nacional Constituyente se convocó para construir un pacto de paz. Esta acción militar cerraba las posibilidades de diálogo con los grupos alzados en armas que no integraran el proceso de cambio constitucional (Mejía, 2002). En ese sentido, la Constitución de 1991 no lograba romper del todo con la tradición constitucional de Colombia de cartas de batalla.

El proceso de la Asamblea Nacional Constituyente produjo un cambio en la tradición constitucionalista de Colombia que dio paso a una discusión sobre el sistema político y el fin del bipartidismo del Frente Nacional, los derechos fundamentales, la democracia, la forma de Estado entre otros aspectos introducidos por el pacto constitucional. Según Mejía:

“La Constitución de 1991 se nos ha presentado, no sin justas razones, como una Constitución progresista, antiformalista, el origen del nuevo derecho, de textura abierta, garantista, vanguardista, tanto por los derechos fundamentales que consagró, por la figura del Estado social de derecho que los respalda y por el esquema de democracia participativa que propiciaba”(Mejía, 2002)

3.3. El Estado Social de Derecho: el elemento articulador del consenso (pos)neoliberal en Colombia

Cada denominación del consenso (pos)neoliberal en América Latina da cuenta del área priorizada para legitimar discursivamente la avanzada de la reestructuración capitalista. En Colombia se denominó Estado Social de Derecho y la reestructuración se centró en los mecanismos jurídico-políticos. A partir de los análisis de Beatriz Stolowicz (2012) en una perspectiva de larga duración, el Estado Social de Derecho no es antagónico ni está en contradicción con el modelo

económico impuesto en Colombia de forma simultánea a su consagración, en la Constitución Política de 1991. Por el contrario, asumimos con la autora que el Estado Social de Derecho ha sido el elemento que permitió que a inicios de la década del noventa se legitimara la estrategia para la realización del ideal (pos)neoliberal de “democracia de propietarios” y la política social de economía neoclásica. A continuación analizamos en detalles la configuración del Estado Social de Derecho desde una perspectiva histórica y al interior de la ANC.

3.3.1. La configuración histórica del Estado Social de Derecho

La llamada «cuestión social» (Donzelot, 2007) irrumpió en el mundo Occidental moderno a partir de la profunda contradicción de las revoluciones burguesas (Hobsbawm, 2011a). El sufragio universal, la igualdad y la soberanía popular de la revolución francesa, contrastaban con la pobreza y precariedad de los trabajadores de la revolución industrial, descrita con amplio detalle por Friedrich Engels en «La situación de la clase obrera en Inglaterra» (Engels, 1978 [1845]).

Ante las desigualdades económicas que imponía el capitalismo, se contraponía la igualdad jurídica que establecía el constitucionalismo liberal-burgués. La emergencia de «lo social» buscaba zanjar estas contradicciones. Sin embargo, el constitucionalismo de las revoluciones burguesas se limitó a la división de poderes y la consagración de los derechos civiles que Marx criticara en la «cuestión judía» (Marx, 2012 [1844]).

No obstante, tras el fin de la segunda guerra mundial se inició el abandono del modelo de Estado liberal-burgués, y se modificó la correlación de fuerzas. La clase proletaria enarboló la lucha por la definición de un «constitucionalismo de los derechos», que también era una estrategia para contener la avanzada del sistema socialista. Los textos constitucionales van a consagrar los llamados «derechos sociales» en contraposición a los derechos civiles y políticos de las revoluciones burguesas.

El primer constitucionalismo social se remonta al texto constitucional mexicano de 1917, fruto de su revolución (Lartigue, 2011). La Constitución de Weimar de 1919 desarrolló una primera formulación de «Estado Social de Derecho» como superación del modelo del «Estado liberal de derecho», según el constitucionalista Herman Heller (Citador por Monereo Pérez, 2009). Un modelo que va a ser mundializado bajo la forma de Estado de Bienestar. En Estados Unidos fueron las políticas del «new deal» de Roosevelt (1935) en Inglaterra el Plan Beveridge de Churchill (1942), en Alemania la continuidad de las política sociales que inauguró Bismarck, el cual se va a ir expandiendo bajo el signo característico de su compromiso con la llamada «cuestión social».

El «constitucionalismo social» era producto de las mayorías reformistas y socializantes, de la socialdemocracia, que tenían en Eduard Bernstein su principal ideólogo (W. B. Stolorowicz, 2009, pp. 68-69). Se dispuso en los textos constitucionales la protección de derechos no únicamente de libertad, sino la consagración del deber estatal en la garantía de una «existencia digna», a través de la fórmula virtuosa del crecimiento económico. El constitucionalismo social no se planteaba la abolición de la propiedad privada, o la libertad económica, por el contrario, se exigía una regulación y limitación, hacia la construcción de la «función social de la propiedad» (M. D. E. López, 2003, p. 288).

Los análisis del constitucionalismo colombiano, reforzado por la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional sobre el modelo estatal dispuesto en la Constitución Política de 1991, han trazado una línea genealógica del Estado Social de Derecho que parte desde Weimar, excluyendo de forma deliberada la revolución mexicana, el constitucionalismo social de 1919, pasando por la Ley Fundamental de Bonn, y luego la Constitución del Reino de España de 1978, tras la dictadura de Franco.

Estos análisis coinciden en identificar la línea genealógica de la cual desciende la forma de Estado Social de Derecho que inauguró la Carta Constitucional de 1991, en su compromiso con la «dignidad humana», las condiciones mínimas de derechos sociales y su énfasis en la igualdad (M. D. E. López, 2003, pp. 285-287).

A su vez, dichos análisis coinciden en resaltar las grandes transformaciones que ha significado la fórmula del Estado Social de Derecho en la consolidación de los postulados de la Constitución Política de 1991. Rodolfo Arango (2004, pp. 142-148) resalta tres tipos de transformaciones: cultural, política y desplazamiento valorativo. La transformación cultural se manifiesta en la conciencia de los derechos humanos y el rechazo de la arbitrariedad; el reconocimiento de la diversidad cultural y el abandono de las vías de hecho extremas, por un «pensamiento gradualista» de recuperación de la participación política, y la creencia en el derecho (Arango, 2004, p. 144).

La transformación política se evidencia en el paso del Estado de derecho a un Estado social de derecho, y las consecuencias que de allí se derivan, como el desplazamiento de la ley por los valores constitucionales; la integralidad de los derechos humanos, que no admite la diferenciación entre tipos de derechos; y el paso de una forma de democracia representativa a una participativa (Arango, 2004, p. 145).

Sobre el desplazamiento valorativo, el autor resalta el abandono del Estado confesional, para adoptar las características propias de un «Estado laico moderno»; la promoción del pluralismo y el reconocimiento de la diversidad étnica; y, finalmente, la renuncia al liberalismo asistencialista y caritativo “*para adoptar una filosofía liberal igualitaria en lo económico y lo político*”(Arango, 2004, p. 148).

Por su parte, Rodrigo Uprimny (2001, pp. 57-59) subraya el importante avance jurídico en materia de derechos humanos a partir del nuevo pacto constitucional. Se reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales, dentro de los cuales

se incluyen los «derechos económicos, sociales y culturales». Se permite la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos por medio de la doctrina de la Corte Constitucional del «bloque de constitucionalidad» (Uprimny, 2005). Además se consagran acciones judiciales para la protección efectiva de los derechos, como la tutela y las acciones populares y de grupo (Uprimny, 2001, p. 58). Sobre el Estado Social de Derecho que consagró la Constitución Política de 1991, Uprimny va a resaltar que no sólo se recoge la genealogía europea del modelo, sino que además lo enriquece y reformula a partir de la incorporación del multiculturalismo, el reconocimiento de las diferencias y la valorización del pluralismo en la sociedad (Uprimny, 2001, p. 65).

Manuel José Cepeda (2007c) destaca que los tres valores que sirvieron de inspiración para el cambio constitucional fueron: «igualdad, participación, y paz» y, en esa medida, estos resultan transversales al nuevo pacto constitucional. Cepeda enfatiza en los setenta derechos consagrados en la Constitución, y el cambio en su concepción, en tanto que no se trata de disfrutar de una mera expectativa o aspiración o ser beneficiario de un ideal. Para él:

“Tener un derecho, según la Constitución de 1991, es tener poder, puesto que cada derecho es un límite sustancial que toda autoridad debe respetar, aun obrando dentro de su órbita de competencia con respaldo de la mayoría” (E. M. J. Cepeda, 2007b, p. 116).

Estos análisis también coinciden en la existencia de una contradicción entre los postulados de la Constitución con las políticas económicas que se han venido implementando desde su creación. Aunque existirían matices sobre este punto, se trata de una diferencia de grado, ya que los constitucionalistas tiende a considerar que los postulados de la Constitución tienen un carácter social, y que las políticas económicas no lo incorporan, o tienen otra finalidad.

Sin embargo, consideramos que la línea genealógica del Estado Social de Derecho que se traza para Colombia resulta engañosa, en tanto que se quiere legitimar la forma del “*Estado neo-oligárquico transnacionalizado de derecho*” (B. Stolowicz, 2012, p. 29), bajo las fórmulas social-demócratas de la posguerra europea.

Como hemos venido explicando, se tratan de momentos históricos diversos en la reestructuración capitalista, y por lo tanto, la afirmación del Estado Social de Derecho en América Latina no se trata de atravesar la fase del Estado de Bienestar europeo de posguerra, como lo sugiere Uprimny (2001). Argumentamos que la utilización gramatical y discursiva del «Estado Social de Derecho», apunta a llenar con un discurso social-demócrata la acumulación por desposesión de capital, a través de la «cuestión social».

El análisis del constitucionalismo colombiano a partir del texto de 1991 y sus diversas disposiciones sobre «lo social» no pueden considerarse de forma aislada con la especificidad particular del régimen de acumulación de capital. Por el contrario, existe una relación estrecha entre ambos procesos, que no aparecen como contradictorios, o excluyentes. Cuando analizamos con detenimiento la configuración de estos procesos sociales, los sujetos que intervienen en este debate de la Constitución y el (pos)neoliberalismo como estrategia para la reestructuración capitalista, podemos avanzar en una perspectiva distinta al canon constitucional que se ha construido sobre la defensa del modelo de la Constitución de 1991 y avanzar en una crítica a cómo estos postulados de «lo social», legitiman y dan un apoyo ideológico y de legitimación a la reestructuración del capitalismo en Colombia.

3.3.2. El Estado Social de Derecho en el momento (pos)neoliberal

Según Salomón Kalmanovitz el diseño de la Constitución de 1991 no es de corte neoliberal, pues no se desprendió de una concepción del Estado paternalista y

caritativa, que fue el modelo de la Constitución de 1886. No obstante, el nuevo pacto político buscó fortalecer la esfera política y económica de la sociedad a través de un balance entre Estado-mercado-individuo:

“El concepto de ciudadanos que surge de la soberanía popular es que tienen libertad política y económica. Tienen derechos y responsabilidades y pueden desplegar iniciativas para hacer negocios y para construir Estado. Pueden transar entre ellos como individuos iguales, y lo que voluntariamente decidan debe ser garantizado por la ley. Los individuos libres toman sus decisiones y deben asumir responsabilidades de sus actos. Todo lo que se especifique en un contrato firmado por ellos debe cumplirlo. Deben pagar sus deudas, responder por sus obligaciones con su familiar y contribuir para construir un Estado fuerte y justo” (Kalmanovitz, 2002, p. 32).

La inserción de todos los individuos al mercado, ahora como propietarios, sin distinción de raza, etnia, religión, clase social, es una de las manifestaciones del derecho a la igualdad (artículo 13 Constitución Política de 1991), en su carácter formal, fundamental al funcionamiento del mercado capitalista, en donde no se tienen en cuenta este tipo de distinciones.

Sin embargo, también se consagra la igualdad material y efectiva, como manifestación del modelo de Estado Social de Derecho, en donde se tomarán medidas a favor de grupos históricamente discriminados o en situación de debilidad manifiesta, sin que ello implique el establecimiento del “igualitarismo”. El Estado Social de Derecho se ha venido desarrollando desde el paradigma de las oportunidades para el goce de derechos a través del mercado. Esta forma de Estado aparece ya desde los proyectos de reforma a la Constitución. Sobre el particular el proyecto planteaba:

“El Estado social, entendido como idea regulativa, significaría que para el Estado existiría una obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones. Éste

debería promover la igualdad de los diferentes grupos sociales, lo cual no significa la implantación del “igualitarismo” sino que todos los sectores de la población deberían tener igualdad de posibilidades para el pleno goce de sus derechos”(Gaceta Constitucional 51, pág. 12).

Siguiendo los análisis de Dávalos (2011, pp. 277-279) sobre el Estado Social de Derecho, y sus planteamientos de la «democracia disciplinaria» para América Latina, esta nueva forma de Estado ha sido incorporada como parte de las estrategias de las fuerzas dominantes, para legitimar desde una recuperación histórica de la «cuestión social» y el lenguaje de las reivindicaciones de la clase trabajadora, pero sólo como un elemento discursivo, en tanto que las políticas sociales, atravesadas por la centralidad del mercado como el mejor mecanismo para su satisfacción y garantía. La configuración de los derechos sociales, la justicia social, las garantías de condiciones básicas no se contraponen, sino que van a complementar la reestructuración capitalista, manteniendo intacto el modelo de lucro-mercado capitalista que la Constitución de 1991 legitima y justifica.

Una de las manifestaciones más robustas del Estado Social de Derecho es el reconocimiento y amplio catálogo de derechos fundamentales que fueron incorporados en la Constitución de 1991, que no era únicamente una propuesta por las fuerzas progresistas al interior de la ANC, sino que también fue una propuesta impulsada por el gobierno Gaviria. La trama discursiva sobre «lo social» era utilizada para dar legitimidad al proyecto (pos)neoliberal. A continuación analizamos con detalle el discurso del presidente Gaviria ante la ANC sobre los derechos y las transformaciones que su introducción implicaban.

4. El discurso de César Gaviria en la ANC sobre los derechos en la nueva Constitución

Bajo el título *“Tenemos la obligación de mantener el espíritu consensual en los temas que serán cimiento de la nueva Constitución”*(C. Gaviria, 1991), al día siguiente de las ponencias sobre la nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades y los servicios públicos, el presidente César Gaviria se dirigió a la Asamblea Nacional Constituyente en donde se pronunció sobre este aspecto de los derechos y los mecanismos para asegurar su protección.

En primer lugar afirmó que resulta previsible que la consagración de novedosos mecanismos para la protección de los derechos individuales, tal como el *“derecho de tutela”*, puede generar un incremento desproporcionado del uso de este mecanismo jurídico. Sin embargo, en su concepción, esa es la finalidad del mecanismo: lograr que la transformación estructural y revolucionaria que se introduce con la Constitución avance más allá del texto constitucional y se pueda convertir en una realidad. Al respecto señaló:

“Sin duda algunos de ustedes pensarán con razón que va a haber muchos litigios en materia constitucional y, en particular, en materia de derechos. Probablemente así será. Y de eso se trata. De que la Constitución deje de ser algo teórico, un conjunto de ilusiones y buenas intenciones, para convertirse en un instrumento para resolver pacíficamente conflictos, combatir injusticias y luchas contra la arbitrariedad” (C. Gaviria, 1991).

A su vez se hace explícito el interés de absorber, desde su perspectiva, lo que considera como protestas violentas, y que entonces sea a través de los jueces como se tramiten las demandas sociales. En su criterio, el uso reiterado de estos instrumentos jurídicos devolverá la legitimidad a los jueces. Los mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales además de proteger derechos, estaban dirigidos a contener las protestas sociales, encauzarlas y dirigirlas dentro de los estrechos márgenes que define el Estado para su reivindicación. En su discurso señaló el Presidente:

“Esto es preferible a que se usen las vías de hecho, la protesta incendiaria, la desobediencia a las leyes que alguien considera violatorias de un derecho. Es mejor que se acuda a los jueces para que se haga justicia.

(...)

“Nada devolverá más dignidad a los jueces, nada logrará más que los jueces recuperen la confianza, el respeto y por qué no, el afecto de la ciudadanía, que convertirlos en defensores de los derechos. Que en la lucha contra la arbitrariedad los jueces acompañen a los ciudadanos portando el estandarte de la justicia. Es lo natural en un Estado de Derecho y en una democracia participativa” (C. Gaviria, 1991).

Sobre los derechos, su carácter y el valor que tienen dentro del nuevo modelo constitucional explicó que las transformaciones que se introducen con la nueva Constitución comportan una transferencia de poder a los ciudadanos para que puedan exigir las obligaciones y garantías que se desprenden de los derechos. La aspiración era convertir en realidad los derechos consagrados y que éstos sean respetados. Aludiendo al teórico del derecho estadounidense, Ronald Dworkin, en su serie de ensayos “Taking Rights Seriously”, señaló el presidente en su discurso:

“(...) los derechos deben ser tomados en serio. Que ellos deben tener preeminencia, incluso cuando una autoridad alega razones de Estado para pasar por encima de ellos. No debemos olvidar jamás que ha sido invocando tales razones, revestidas de expresiones nobles como “interés general” o “interés público”, como se han pretendido justificar las más aberrantes arbitrariedades”

(...)

Cada vocablo, en la Carta de Derechos, es un traslado de poder a los ciudadanos para frenar la acción de la autoridad. Porque cada caso que involucre un derecho implica dejar en manos de un juez decisiones que pueden tener profundas implicaciones políticas” (C. Gaviria, 1991).

No obstante, y a pesar del fuerte discurso sobre los derechos y las transformaciones que ellos conllevan, abogó por una diferenciación estricta entre “generaciones” de derechos. En este sentido su propuesta planteó que los derechos económicos, sociales y culturales dependan de un desarrollo legislativo que defina sus alcances y contenidos. En cambio para las libertades y los derechos civiles se adopte el criterio de aplicación inmediata, que no demanda un desarrollo regulativo para su protección. Criterio que finalmente fue acogido en el texto de la Constitución. En su discurso, dijo el Presidente:

“(…) es indispensable distinguir entre aquellos derechos que van a poder ser aplicados directamente sin necesidad de desarrollo legal y aquellos que requieren para su aplicación de una ley previa que señale su alcance y sus limitaciones. De lo contrario, ahogaríamos el recurso de amparo o tutela con una sobrecargada de derechos. O simplemente colocaríamos a los jueces en situaciones inmanejables cuando personas acudan a sus despachos a pedirles vivienda digna salud básica, trabajo, remuneración justa, higiene en la fábrica, formación profesional o, incluso, que ordene que dejen de circular todos los carros que contaminan el ambiente.

(…)

El Gobierno ha sometido a su consideración un intento de clasificación de los derechos, en el cual algunos derechos sociales, económicos y culturales, así como todos los llamados colectivos no serían de aplicación directa. Respecto a ellos sólo la ley podrá extender el derecho de amparo después de señalar sus alcances y limitaciones”(C. Gaviria, 1991).

5. La salud entre derecho y servicio público en la Constituyente de 1991

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.

Para analizar este punto de la salud como derecho o como servicio público, se toma como punto de partida el informe - ponencia remitido a la subcomisión segunda de la Asamblea Nacional Constituyente, titulado: “*Proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades*” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Explican los constituyentes en su informe que para la determinación de los derechos a incluir en la nueva Carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución histórica del concepto de derechos fundamentales. En esta evolución se han diferenciado la concepción liberal clásica, y los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, más allá de las discusiones ideológicas entre unos y otros grupos de derechos, la ponencia concluyó que ambos deben ser reconocidos en tanto se complementan y amplían el marco de protección constitucional que les permite contar con las condiciones materiales para el disfrute de los derechos individuales de la tradición liberal.

Otro aspecto importante del informe es la discusión que se planteó acerca del valor normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de considerarlos como derechos justiciables y tener plena exigibilidad jurídica; o si por el contrario, serían considerados como marcos de sentido de orientación en el desarrollo del Estado.

Al respecto el informe definió que estos derechos son considerados: *“como situaciones jurídicas constitutivas de verdaderos derechos”*, en tanto algunos ya están regulados por el Estado. También argumentaron que las condiciones de desarrollo del país no pueden constituir un impedimento para el reconocimiento de esta clase de derechos, en tanto se espera en un futuro que las condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas, cambien y se dé plena realización a los derechos sociales.

El informe incluyó dentro de su propuesta de la nueva carta de derechos, el de la salud y la seguridad social en los siguientes términos:

“Artículo 37º . DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

La protección de la salud y la seguridad social son deberes del Estado y derechos de las personas, garantizados mediante políticas económicas y sociales que a través de un adecuado sistema de seguridad social, reduzca el riesgo de enfermedad y aseguren el acceso igualitario a los servicios de salud para su prevención, protección y recuperación.

Una ley marco determinará el desarrollo progresivo del régimen de la seguridad social integral, incluyendo la asistencia pública, el subsidio al desempleo y la licencia de maternidad. Estos derechos se extienden a los trabajadores de la cultura” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Sin embargo, en este mismo articulado aparece la noción contrapuesta del derecho a la salud: el servicio público. Al respecto el artículo 44 dispuso:

“Artículo 44º . DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS

El Estado tiene el deber de satisfacer las necesidades básicas de la comunidad, tales como servicios públicos, de salud, educación, vivienda, comunicaciones, agua potable, luz, recreación y deporte, mediante políticas económicas y sociales eficaces” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En la comisión codificadora de la ANC para julio de 1991 se definió, en el artículo 49, la salud como servicio público y derecho fundamental. Sin embargo, en la Gaceta Constitucional del 10 de octubre de 1991 la Plenaria reajustó los artículos 48 y 49 en donde la definición de la salud como derecho fundamental fue suprimida de la redacción final. En el artículo 49 se incorporó la mención sobre los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad como orientadores y sustento para la prestación de los servicios de salud. El artículo 49 también fue modificado. En su formulación original establecía que el servicio público de salud debía ser organizado, dirigido y *reglamentado “por medio de entidades públicas”*; éste último elemento de entidades públicas fue eliminado en la plenaria (Lamprea, 2011, p. 37).

Según Lamprea (2011, pp. 51-57) estas modificaciones no le restaron valor a la salud como derecho. El autor llega a esta conclusión retomando las discusiones de plenaria y la intervención de Navarro Wolff, constituyente por la AD-M-19, que propuso un artículo independiente para la salud. Por ello explica que debe hacerse una lectura conjunta del primer inciso del artículo 49 que estableció: *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”* con el primer inciso del artículo 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”.

Lo que el autor plantea es una interpretación “coherentista” (B. J. M. Pérez, 2006) de la discusión al interior de la ANC y su resultado final en la Constitución, la cual puede ser una lectura posible sobre el espíritu constituyente, tendiente a ocultar la holgura hermenéutica (G. M. Calvo, 1994, p. 249) de la imprecisión constitucional en la definición de la salud.

Pero cuando se complementa el análisis del tratamiento de la salud en la ANC con la discusión de los asuntos económicos en la Constitución emerge la forma del derecho útil al capital, de ambigüedad calculada, ductilidad, amplitud y flexibilidad de las formas en que el capital privado se introduce en el texto para configurar la definición de la salud, los servicios públicos, y que van a legitimarse desde el modelo de Estado Social de Derecho.

Las discusiones de los asuntos económicos, siguiendo a Jiménez (2008, pp. 98-109) fueron muy reducidos, en parte a los pocos proyectos presentados para discusión al interior de las comisiones económicas de la ANC. El desarrollo de las deliberaciones se dio en el marco de consensos por fuera de la ANC¹⁴. Según Perry (2011, pp. 38-39) se propuso un principio orientador de las discusiones en asuntos económicos que permitió zanjar el debate entre neoliberalismo en un extremo contra el intervencionismo del Estado en la economía, al otro extremo. Desde una concepción moderna de la economía el grupo de constituyentes

¹⁴ Sobre el particular señala Guillermo Perry, quien participó como Constituyente en la comisión V de asuntos económicos en donde explica que la discusión del Banco de la República se caracterizó porque: “[...] El Banco no se limitó a preparar la propuesta original, incorporada con pocas modificaciones en el proyecto de reforma constitucional que presentó el gobierno, sino que condujo en todo momento el más activo y efectivo *lobby* al interior de la Asamblea. Cómo no recordar los finos desayunos y almuerzos, servicios en los salones del Banco, a los que fuimos invitados, por turnos, todos los miembros de la Comisión Quinta para escuchar la explicación y justificación de esta importante propuesta; o el completo *dosier* que nos fue entregado, muy bien compuesto y editado por cierto; o la efectividad de los artículos, gráficos y cálculos con los que se convenció a mis colegas en la Asamblea de que al otorgar autonomía al Banco se derrotaría la inflación (Perry, 1995).

liberales presentaron un texto a la Asamblea en donde se planteó como guía para las deliberaciones, la fórmula: *“tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”* (Departamento de Ciencia Política, 2011, p. 39).

Desde esta óptica, la lectura sobre la salud, la seguridad social los servicios públicos y la fórmula de Estado Social de Derecho adquieren una connotación distinta, en tanto que su amplitud y flexibilidad da cabida a la incorporación de las lógicas del mercado: *“tanto mercado como sea posible”*, en donde se instala el lucro-mercado privado, pero que está complementado con *“tanto Estado como sea necesario”*, que radica en sus funciones de control, regulación, inspección y vigilancia y políticas sociales de focalización.

Es preciso anotar cómo el artículo 48 que consagra el derecho irrenunciable a la seguridad social, al mismo tiempo dispone que:

“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 artículo 49, sobre la salud en este mismo sentido establece:

“Corresponde al Estado [...] establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley”.

Por su parte, el artículo 365 define los servicios públicos, su prestación y el papel del Estado en los siguientes términos:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

Pero la estrategia (pos)neoliberal no se limitó al texto constitucional, sino que permeó todo el ordenamiento jurídico, en la configuración que Estrada caracteriza como *“la construcción de un orden [de derecho positivo] neoliberal”* (Á. J. Estrada, 2004). El proyecto político (pos)neoliberal ha sido revestido por una dulcificación jurídica, al ajustarse a las *“reglas del juego”* democrático, en donde las iniciativas gubernamentales han surtido todos los trámites legales por el Congreso de la República y han contado con la bendición del poder judicial al encontrarse ajustadas a la Constitución, en donde se ha legalización la acumulación por desposesión.

6. La política social en salud para Colombia

El Estado colombiano asume que tiene la obligación de garantizar la salud y las pensiones de los ciudadanos a partir de 1945 con la creación de la Caja Nacional de Previsión Social para los funcionarios públicos. Un año más tarde se creó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales para los trabajadores privados. Este proceso de institucionalización se profundizó con el reemplazo del Ministerio de Higiene por el de Salud Pública. En la década de los años setenta se creó el Sistema Nacional de Salud, el cual procuró agrupar al amplio conjunto de

instituciones públicas y privadas prestadoras de servicios de salud bajo la rectoría del Ministerio de Salud Pública (Yepes, Ramírez, Sánchez, Ramírez, & Jaramillo, 2010, p. 13).

Según Hernández (2000) en la década de los años sesenta, la fragmentación de los servicios de salud se daba a través de 5 formas de atención, las cuales describe así:

“1. Los servicios para los ricos o “pudientes” ofrecidos por el ejercicio privado de la profesión médica en consultorios y clínicas, a veces apoyado en algún seguro privado; 2. Los múltiples tipos de seguro obligatorio que atendían a los trabajadores formales o asalariados de los sectores privado y público; 3. La atención de los pobres, mediante dos estrategias basadas en la caridad, ya fuera pública bajo el nombre de “asistencia pública”, o privada bajo el nombre de “beneficencia”; 4. Los mecanismos de atención y control de epidemias y enfermedades de alto impacto colectivo, denominados de “salud pública” y claramente a cargo del Estado. 5. Todas las prácticas médicas populares no científicas, producto del sincretismo cultural acumulado, pero ubicadas en un lugar marginal y siempre subvalorado por los servicios legalmente aceptados” (Á. M. Hernández, 2000, pp. 123-124).

El sistema se estructuraba desde el mercado y la división de clases sociales en tanto es la capacidad de pago la que permite acceder al valor de uso de la mercancía salud. Quien tenía el valor de cambio (dinero) podía pagar por los servicios de salud, los demás debían acudir a la acción caritativa de la iglesia y en algunos casos reducidos al Estado para acceder a dichos servicios. A pesar de los intentos del Estado de articular la prestación de los servicios de salud a través de diversos programas y acciones, entre ellos el Sistema Nacional de Salud, era el mercado el elemento predominante de acceso a los servicios de salud (Á. M. Hernández, 2000, pp. 134-136).

Desde 1982 el Banco Mundial tiene un papel destacado en el sistema de salud colombiano, en especial por su financiamiento. La reforma para la consolidación del SNS, la ley 10 de 1990, fue financiado con recursos del BM, *“lo que implicaba una participación de funcionarios de ese organismo en la definición de los criterios centrales del proyecto”* (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 253) .

En 1986 el gobierno Barco destinó parte de los recursos del BM que gestionó el gobierno Betancur, para el proyecto denominado «Consolidación del Sistema Nacional de Salud», *“financiado parcialmente por el contrato de préstamos BIRF 2611-CO, suscrito por el gobierno de Colombia y el BM el 21 de agosto de 1985”* (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 252).

El proyecto se dividió en dos partes: el estudio técnico para la elaboración del proyecto de ley para la modernización del SNS; y el Estudio Sectorial de Salud (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 253). A partir de estos insumos se presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley, que finalmente se consolidó en la ley 10 de 1990 *“por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”*, el cual proponía una reorganización del SNS sustentado en mantener una centralidad regulativa, pero una descentralización en la prestación de los servicios de salud a cargo del Estado.

El objetivo de la descentralización era lograr un mayor compromiso de los gobernantes locales y las comunidades en la ampliación de la cobertura de los servicios, mejorar la equidad y el acceso. Para ello los municipios tendrían a su cargo el manejo de los recursos de la salud por medio de los fondos locales, y la prestación de los servicios. El nivel central retenía las funciones regulativas de dirección del sistema. La Superintendencia Nacional de Salud se ocupó de las funciones de inspección, vigilancia y control (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 259).

El discurso oficial a lo largo de la ley estableció que el proceso de descentralización mejoraría la calidad y la equidad de los servicios, y a su vez se dispusieron una serie de medidas para acercar los servicios de salud a la población, entre ellas, el nombramiento de un representante en las juntas directivas de servicios. Esto generó una visión positiva por parte de algunas organizaciones sociales que veían en la ley una forma de participación novedosa al interior del SNS (G. M. Uribe, 2009, p. 47).

Los gremios sindicales se opusieron a la reforma, en especial el sindicato del ISS y Anthoc, debido a que estaba orientada hacia el debilitamiento de la organización sindical. La reforma regulaba varios aspectos laborales, entre ellos, el traslado de los pasivos pensionales a los municipios. Esto fue interpretado por los sindicatos como una forma de liberarse de las obligaciones laborales por parte del gobierno central, trasladando dichas responsabilidades al nivel local. A su vez, se avanzaba en la dispersión de las negociaciones, dado que los sindicatos ya no tendrían un único patrón, el Estado central, sino que ahora deberían darse diferentes procesos de negociación ante cada gobierno local, sin un marco preciso de responsabilidades entre el gobierno local y el nacional (G. M. M. Uribe, 2009, pp. 126-127). Con las medidas adoptadas en la ley 10 de 1990 era evidente la intención de debilitar el movimiento sindical en salud, que había logrado un poder importante en el ámbito nacional, en especial el sindicato del seguro social. A través de las medidas de la ley 10 de 1990, se disminuían costos laborales y se fragmentaban los sindicatos.

La reforma de la ley 10 de 1990 tuvo un impacto muy bajo en el SNS, y sólo se concentró en la red pública de servicios para la atención de la población pobre, dado que los demás subsectores del sistema mantuvieron su autonomía, técnica, administrativa y financiera, sin que fueran afectados por la reforma. En esa medida, la fragmentación del SNS se mantuvo y cada actor defendía sus intereses y grupos particulares (Organización Panamericana de la Salud, 2003, p. 255).

A inicios de la década de los noventa diversos estudios diagnosticaron que el SNS estaba altamente fragmentado; al interior de la ANC también se llegó a la misma conclusión (Lamprea, 2011, p. 43). De las gacetas constitucionales se evidencia que el análisis sobre el modelo del Sistema Nacional de Salud, se enfatizó en su fraccionamiento ante los diversos subsectores en que estaba organizado el sistema, la baja cobertura, la concepción de la salud en la Constitución de 1886 como “asistencia caritativa a los menesterosos” (Á. M. Hernández, 2000, p. 123), y la emergencia del modelo pre-pagado de salud en el subsector privado para cubrir los tratamientos y medicamentos de alto costo.

Ante este panorama, los constituyentes evidenciaron la necesidad de reformar estructuralmente el sistema de salud. Se buscaba integrar el sector público y privado en la prestación de servicios de salud e incorporar la noción de derecho a la salud como servicio público a cargo del Estado, los cuales van a ser consideradas como las premisas fundamentales para la reforma. Al respecto, señaló la ponencia sobre la reforma al sistema de salud:

“Esta realidad sugiere la búsqueda de un modelo unificado pero descentralizado, con amplia participación de los usuarios en la gestión que integre las políticas y los recursos hoy dispersos. Es entonces imperativo diseñar un sistema de salud, entendiendo la seguridad social en un sentido amplio basado en la relación Estado-ciudadano, mediante un modelo contributivo y solidario que brinde protección a toda la población” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Por lo tanto, se reclamó como necesario incluir un artículo dentro de la nueva Constitución que estableciera con exactitud los derechos, obligaciones y garantías para que los ciudadanos tengan acceso universal a la salud. Concluye al respecto la ponencia:

“Estas propuestas supone una radical transformación en la concepción y estructura del modelo vigente, que será traumática si no se prevén los

mecanismos de gradualidad y de concertación necesarios que conduzcan exitosamente el proceso. Pero también es cierto que si no es una norma constitucional, lograda en este momento de excepción, la que establece el derecho, las obligaciones, las garantías y los mecanismos para hacerlos efectivos, difícilmente se emprenderá la gigantesca tarea de dotar al país de un verdadero sistema único pero descentralizado de seguro de salud que proteja a todos los colombianos” (Constituyente, 1991).

El artículo transitorio 57 de la Constitución Política de 1991 dispuso la obligación a cargo del Gobierno de formar una comisión integrada por *“representantes del Gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, los movimientos políticos y sociales, los campesinos y los trabajadores informales”* para elaborar una propuesta que desarrolle las normas constitucionales sobre la seguridad social.

Capítulo III Las formas letradas del derecho útil al capital: el desarrollo de los dispositivos normativos del sistema de salud colombiano

En este capítulo nos concentramos en analizar en detalle el proceso de reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para este análisis nos ocupamos de lo que llamamos aquí «las formas letradas» del derecho útil al capital.

Aquí retomamos los análisis de Ángel Rama sobre «La ciudad letrada» (Rama, 1984). El autor uruguayo nos propone analizar el proceso de construcción de las urbes latinoamericanas como un «parto de la inteligencia». En la confrontación del «viejo» con el «nuevo» mundo, se llevó a cabo un proceso de racionalización y abstracción, para el establecimiento de un orden jerarquizado, colonizado, subordinado, controlado y perpetuado para la conservación de la estructura socio-económica y cultural de un poder que era ejercido y protegido por la élite letrada a través de diversos dispositivos como las leyes, planos, actas de fundación y toda clase de «escrituras». En palabras de Ángel Rama:

“La ciudad bastión, la ciudad puerto, la ciudad pionera de las fronteras civilizatorias, pero sobre todo la ciudad sede administrativa que fue la que fijó la norma de la ciudad barroca, constituyeron la parte material, visible y sensible, del orden colonizador, dentro de las cuales se encuadraba la vida de la comunidad. Pero dentro de ellas siempre hubo otra ciudad, no menos amurallada ni menos sino más agresiva y redentorista, que la rigió y condujo. Es la que creo debemos llamar la ciudad letrada, porque su acción se cumplió en el prioritario orden de los signos y porque su implícita calidad sacerdotal, contribuyó a dotarlos de un aspecto sagrado, liberándolos de cualquier servidumbre con las circunstancias. Los signos aparecían como obra del Espíritu y los espíritus se hablaban entre sí gracias a ellos. Obviamente se trataba de funciones culturales de las estructuras de poder, cuyas bases reales podríamos elucidar, pero así no fueron concebidas y percibidas, ni así fueron vividas por sus integrantes”(Rama, 1984, p. 32).

Esta forma de dominación de «la ciudad letrada», se inscribe desde diversos procesos y a través de múltiples sujetos de la colonización: evangelizadores, legisladores, burócratas, educadores, y abogados, entre otros, que se imponían sobre sociedades iletradas. Rama nos plantea que en este complejo proceso, la letra de la ley estuvo marcada por *“un secular desencuentro entre la minuciosidad prescriptiva de las leyes y códigos y la anárquica confusión de la sociedad sobre la cual legislaban”* (Rama, 1984, pp. 43-44). Pero este hiato entre la letra de la ley y la realidad que pretendía gobernar no minó su fuerza coercitiva, sino que por el contrario, aumentó su utilización y se modernizó hacia diversas formas de prescripción y establecimiento de un orden racionalizado y formalizado, traducido en formas jurídicas.

La interpretación que proponemos sobre los diversos dispositivos normativos que desarrollan el sistema de salud de la ley 100 de 1993 evidencian la longevidad de «la ciudad letrada» a través de las formas escrituraria en que se articula el derecho útil al capital. Para ello nos concentraremos en «la letra de la ley», con el fin de definir el papel que han tenido las formas jurídicas en el desarrollo del sistema de salud. Aquí el análisis se concentrará en las formulaciones teóricas del modelo de salud, plasmadas en el complejo y profuso entramado jurídico del sistema de salud, el cual ordenamos desde la lógica del derecho útil al capital. Se trata de hacer una reconstrucción del sistema de salud desde los dispositivos jurídicos que favorecen y facilitan los procesos de acumulación de capital en salud.

La letra de la ley de forma aparente se presenta con unos fines puntuales y específicos: mejoramiento del servicio de salud, aumento de la cobertura, financiación de los servicios, en últimas, todas encaminadas hacia la protección del interés general. Pretendemos evidenciar que dichos postulados están diseñados desde su forma letrada para la rentabilidad y el negocio de la salud. Para ello tomamos como punto de partida la reconfiguración del concepto de servicio público como mercancía, que será sustento conceptual y analítico para el

cambio del sistema de salud de la ley 100 de 1993. Luego analizaremos tanto el modelo de la ley 100, así como sus principales desarrollos regulatorios y reformatorios.

1. La transformación de la noción de salud al servicio del mercado a través de la noción contemporánea de servicio público

El concepto de servicio público a finales del siglo XIX fue fundamental para la legitimación del poder estatal, que a su vez marcó el nacimiento del derecho público contencioso-administrativo moderno. El «fallo Blanco» de 1872 marcó el surgimiento de un derecho encargado de regir las actuaciones del Estado francés. En dicha decisión judicial se zanjó el conflicto de competencias en el caso del accidente de tránsito que sufrió la niña Agnes Blanco al ser atropellada por un camión que transportaba tabaco (Santofimio, 2003).

El tribunal falló estableciendo que la actividad estatal del transporte de tabaco era catalogada como la prestación de un servicio público, y definió el concepto de poder público como prerrogativa del Estado y las reglas especiales que lo regían en asuntos de responsabilidad estatal, a partir del cual surge la jurisdicción autónoma de lo contencioso administrativo. El fallo Blanco dispuso una ecuación de equivalencias, en tanto poder público es igual a servicio público que es igual a derecho administrativo (Montaña, 2005, p. 131).

Los doctrinantes franceses de la “Escuela de los servicios públicos” elaboraron la definición del concepto de derecho administrativo como servicio público. Sobre el particular Gastón Jezé:

“El derecho administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la

noción de servicio público tal como lo expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo”(Citado por Santofimio, 2003, p. 1122).

Más allá de su carácter colonial y eurocéntrico inmerso en la anterior definición, tanto Jézé, así como Duguit, dan cuenta del desplazamiento en la teoría del Estado sustentado en la noción de soberanía, por el concepto de servicio público, que responde al contexto de industrialización y crecimiento de los centros urbanos en donde el Estado era el encargado de la provisión de servicios básicos a los ciudadanos (Montaña, 2005, pp. 137-143).

Si bien la dogmática jurídica ha avanzado en una extensa consideración del surgimiento del concepto y su centralidad para el derecho público administrativo (Montaña, 2005), cuando se ocupa de la denominada «crisis del servicio público» son persistentes sus caracterizaciones ideológicas, sintomáticas del pensamiento único del triunfo del mercado, del fin del Estado como prestador de servicios públicos y sus nuevas funciones de regulación, inspección, vigilancia y control. La dogmática del derecho administrativo no se ocupa de las transformaciones históricas del proceso del capitalismo, sus crisis, y la reconfiguración de su relación con el Estado y el derecho.

El fin del llamado capitalismo de Estado y la sustitución por empresas privadas en los anteriores servicios a su cargo, se considera por la dogmática como la crisis de la noción del servicio público (Montaña, 2005, pp. 152-155). Este hecho da paso a una nueva concepción, en donde se abandona el monopolio del Estado y se abre el espacio a que sujetos de derecho privado entren a operar dichos servicios, en condiciones de competencia del mercado bajo la premisa de la regulación. Se trata de una transición que para la dogmática aparece como inevitable, teleológica, necesaria, constituyendo la única respuesta a los cambios que imponen el nuevo mundo globalizado, la interdependencia de los mercados, el desarrollo de las telecomunicaciones y la ineficiencia, la corrupción y el exceso de burocracia.

Por lo tanto, desde esta caracterización se expone que lo natural era que los privados asumieran la tarea de prestación de los servicios públicos, ya que tenían la capacidad para hacerlo, y a su vez demostraban la eficiencia y calidad en la prestación. Esta transformación del concepto da cuenta del fuerte impulso ideológico del neoliberalismo, sustentado sobre una idea construida de la libertad y las fuerzas creativas de la sociedad civil que estaban subyugadas por el Estado, como aparece en los manuales de derecho administrativo. Sobre este punto resulta ilustrativa la noción de servicio público desarrollada por Gaspar Ariño:

“El servicio público es merecedor de un gran elogio ya que fue instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión hoy [...] hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo” (Citado por Montaña, 2005, p. 161).

La crisis del concepto de servicio público radicaba en que las definiciones desarrolladas por la dogmática francesa ya no respondían a las nuevas realidades económicas y sociales del mundo “globalizado”. No obstante, la dogmática jurídica avanzó en una estrategia para seguir manteniendo el término de servicio público, pero vaciándolo de su contenido. En vez de llamar a los servicios que otrora prestaba el Estado como mercancías a las que ahora se accedía a través del mercado, la estrategia fue absorber el contenido del concepto de servicio público, para mantener únicamente su formulación gramatical. Esta absorción se produjo a partir de la descalificación del criterio subjetivo para la identificación de un servicio público.

En un principio, la escuela francesa y el concepto de servicio público se definían a partir de un criterio del sujeto prestador de los mismos, cuando estaban únicamente a cargo del Estado. En consecuencia, aquellos servicios prestados por

sujetos de derecho público eran servicios públicos por oposición a los servicios prestados por sujetos privados (Muñoz, 1998). La emergencia de prestadores privados de servicios públicos generó que la dogmática del derecho administrativo calificara como erróneo identificar el concepto de servicio público a partir de un criterio subjetivo de quién presta el servicio, que cada vez dejaba de ser una función exclusiva del Estado (Montaña, 2005, pp. 166-171).

La estrategia de la dogmática jurídica está en “rescatar” la permanencia del “interés público” o “colectivo” que debe primar en la prestación de estos servicios, dado que involucran las necesidades básicas de toda persona, amparadas por los derechos fundamentales. Así se resuelve desde la dogmática la “crisis” en la noción de servicio público al incluir en su definición el concepto de interés general (Montaña, 2005, pp. 178-179).

La dogmática público-administrativa intenta reconciliar una contradicción irreconciliable: el lucro mercado privado contra el interés general y colectivo inherentes a los servicios públicos. Para las elaboraciones y construcciones dogmáticas no existe la mencionada contradicción, o en caso de considerarla, esta se resuelve por el peso y prevalencia que tiene el interés general, que prima y se impone sobre los intereses particulares.

Al mismo tiempo en que se vacía de contenido al concepto de servicio público y se pone al servicio del capital, se redefine la función del Estado en relación con el mercado de los servicios públicos. Ante la decisión de entregar al mercado los servicios públicos a su intercambio por tarifas en dinero más una ganancia se modifica la función del Estado. Este enfoque parte de una noción de Estado como agente exterior a la economía que tiene la capacidad de intervenirla para imponerle reglas y pautas de su desarrollo y comportamiento, bajo los postulados de la teoría del Estado neoliberal (Harvey, 2007a, pp. 73-76)

Las nuevas coordenadas del Estado para la dogmática jurídica del derecho administrativo es asumir una acción efectiva en términos de regulación y control, así como el uso de su poder coercitivo para el ejercicio de la inspección, vigilancia sanción y control sobre las prácticas que puedan menoscabar la prestación del servicio, o el abuso de la posición dominante en el mercado como lo dispuso la Constitución Política de 1991. El Estado como agente que se encargará del adecuado funcionamiento del mercado de los servicios públicos en donde se garantice su acceso y se sigan las reglas del libre mercado (M. M. A. Restrepo et al., 2012, pp. 1-10).

1.1. La definición de la salud como servicio público y su carácter de esencial

En el trámite legislativo de la ley 10 en Colombia finalizando el siglo XX se configuró la salud desde esta nueva noción de servicio público, en donde ya no se hace referencia a la noción clásica del interés público, sino a la transformación del concepto en donde se regula la participación que ya venía teniendo la iniciativa privada y se define el nuevo rol del Estado, como la vía para la garantía universal del servicio de salud y lograr el desarrollo social.

Así lo expresaron los Ministros que apoyaron la iniciativa legislativa, cuando invitaron al Congreso de la República a adoptar esta definición que permita establecer con exactitud, entre otros aspectos, la forma en como los privados pueden prestar este servicio público y el nuevo rol del Estado.

“(...) El Gobierno Nacional solicita al honorable Congreso, definir, por primera vez, la salud como un servicio público, a cargo tanto del Estado como de los particulares en los términos que defina y precise la ley, no como una simple declaración más, carente de contenido real, sino de consecuencias concretas, a la luz de los principios de la Carta”. (Congreso de la República, 1989)

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representes se reiteró la declaratoria de la salud como un servicio público, e incluso se llegó a afirmar que: *“parece lógico que siempre haya sido así”*. Y en la ponencia para segundo debate se afirmó que la declaratoria de la salud como servicio público corresponde a *“una concepción futurista y democrática, ya que posibilita su regulación de tal manera, que a todos los habitantes del país, sin distinciones, se les satisfagan sus necesidades de salud, factor importante para el nivel de vida y desarrollo nacional”*. (Congreso de la República, 1989)

En las distintas ponencias se argumentó que la iniciativa de la salud como servicio público se fundamenta en los planteamientos del gobierno Barco para *“edificar el desarrollo nacional sobre la base de una economía social”*. En esa medida la salud debía ser garantizada sin ningún tipo de exclusiones. Incluso utilizando el lenguaje de los derechos se afirma que la prestación no podía limitarse a la asistencia pública, sino que por el contrario: *“constituye el derecho más elemental, y la premisa básica de existencia de toda sociedad”*.

La aprobación final de la ley 10 de 1990 definió la salud como servicio público en los siguientes términos:

“Artículo 1o. Servicio público de salud. La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley.” (Congreso de la República, 1990)

A partir de la ley 100 de 1993, la salud se definió como un servicio público esencial. Este adjetivo tiene relación directa con el artículo 56 de la Constitución Política de 1991 que limita el derecho de huelga para el caso de los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. El Ministerio de Salud, desarrolló

este aspecto en la Resolución 1240 del 2002, “*por la cual se recuerda el cumplimiento de algunos deberes de los integrantes del SGSSS como servicio público esencial*”. En donde el derecho útil se manifiesta para recordar a los actores las normas sobre las cuales se debe prestar el servicio de salud, y estipula la limitación del derecho de huelga para los trabajadores de la salud.

Esta noción sobre la salud como servicio público fue ratificada con la emisión del documento del Consejo Nacional Política Económica y Social CONPES 3204 de 2002 que reza:

"La prestación de servicios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se desarrollará en condiciones de ajuste fiscal, modernización de las instituciones públicas y en un entorno de competencia. Para tal fin se hace necesario que el Gobierno Nacional establezca los incentivos necesarios y consistentes para que la operación del mercado garantice a los usuarios el acceso a servicios eficientes, eficaces y de calidad." (Departamento Nacional de Planeación, Compes, 2002, p. 19)

La noción de servicio público permite encubrir el derecho útil al capital bajo la categoría del interés general, bienestar general y la estrecha relación que traza la Corte Constitucional entre el Estado Social de Derecho y los servicios públicos en general, y los esenciales en particular. Sin embargo, la noción de servicio público como es definida en la ley y con el desarrollo de la Constitución son la puerta de entrada al proceso de acumulación por desposesión, que permiten la reducción de la salud como mercancía y la creación de una serie de condicionamientos para su acceso a través del mercado de la salud. Proceso que tiene como punto de partida el nuevo sistema de salud que inaugura la ley 100 de 1993.

2. El proceso de reforma estructural del sistema de salud a través de la ley 100 de 1993

Pocos días antes de la clausura de la Asamblea Nacional Constituyente se llevó a cabo un pacto de la Casa de Nariño entre las tres fuerzas políticas más importantes de la Asamblea: liberales, conservadores y el AD-M-19. Este “pacto de caballeros” fue bautizado como “recomendación”, otra astucia abogadil para evitar vicios de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia (Calderón, 2003).

La supuesta recomendación fue revocar el Congreso electo hacía un año y convocar a elecciones anticipadas, otorgándole al gobierno facultades extraordinarias para legislar durante el cierre del Congreso (Jiménez, 2008, p. 107). Este acuerdo por fuera de la Asamblea fue objeto de una fuerte crítica por parte de las minorías excluidas (Dugas, 1990, p. 38), que refuerza la concepción de la Constitución de 1991 como la decimosexta carta de batalla en la historia republicana de Colombia.

A partir del artículo transitorio 57 de la Constitución Política de 1991 se conformó una comisión plural para elaborar una propuesta que desarrollara las normas constitucionales sobre la seguridad social. Dicha comisión se reunió 6 meses entre septiembre de 1991 y febrero de 1992 y tuvo a su cargo elaborar una propuesta que le sirviera al gobierno para la preparación de los proyectos de ley que debía presentar para su discusión en el nuevo Congreso.

La Comisión logró una conformación plural como lo ordenó el artículo transitorio de la Constitución, en donde concurrieron organizaciones sindicales y representantes de partidos minoritarios y excluidos como la Unión Patriótica. Se dividió en tres subcomisiones: i) de pensiones; ii) salud y atención social de las personas mayores; y iii) de las Cajas de Compensación Familiar (G. M. Mh. Uribe, 2009, pp. 130-131).

La sub-comisión de salud se caracterizó por lograr un único acuerdo: la necesidad de adoptar un nuevo sistema de salud. Pero con diferencias profundas sobre cuál

sería la organización del nuevo modelo. Se presentaron tres propuestas divergentes para reformar el sistema.

La propuesta del AD – M19, defendida por el ministro de salud Camilo González Posso¹⁵ y apoyada por consultores como Iván Jaramillo y Guillermo Olano, estaba dirigida a fortalecer al programa de Atención Primaria en Salud, a través de la profundización de la descentralización territorial, fortaleciendo la red pública hospitalaria administrada por un seguro nacional de salud.

Cecilia López Montaña, directora del Instituto de Seguros Sociales y del mismo partido del presidente Gaviria, pero con una postura de oposición al gobierno, proponía un grado menor de competencia pero sin afectar el monopolio del ISS en el recaudo de los aportes y la afiliación (G. M. M. Uribe, 2009, p. 132).

La propuesta neoliberal del Gobierno provino de los tecnócratas del Departamento de Planeación Nacional liderada por Juan Luis Londoño de la Cuesta¹⁶, junto con Nelcy Paredes Cubillos que contaban con el apoyo del Presidente Gaviria. Su propuesta estaba orientada hacia la competencia de mercado, el aseguramiento individual y el otorgamiento de subsidios para la población pobre. La prestación de los servicios se organizaba a partir de una clasificación de la población según su capacidad de pago: para los trabajadores asalariados y sus familias; y otro para la población pobre subsidiada por el Estado (Organización Panamericana de la Salud, 2003).

La falta de un acuerdo sobre la reforma por parte de esta comisión le sirvió al gobierno como pretexto para no tomar en cuenta dichas discusiones y proponer al congreso el proyecto de ley No. 155 de 1992. Este proyecto se concentraba

¹⁵ Ingeniero químico, master en economía y especialista en economía política. Profesor universitario, presidente del Instituto para el Desarrollo y la Paz – INDEPAZ. (www.indepaz.org.co)

¹⁶ Administrador de la Universidad de Antioquia y economista de la Universidad de los Andes, donde también obtuvo su maestría en política económica. Doctor en economía de la Universidad de Harvard. Ocupó altos cargos en el gobierno de César Gaviria y Álvaro Uribe, así como economista principal en el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y secretario técnico de la Misión Chénery. (J. I. González, 2003).

únicamente en la reforma pensional y recogía los lineamientos que el gobierno había desarrollado en el segundo semestre de 1990 cuando solicitó facultades extraordinarias para reformar el régimen de pensiones, pero que no le fueron concedidas por el Congreso (Á. J. Estrada, 2004, p. 75). La propuesta se dirigía a la separación de los componentes de salud y pensiones para la introducción de los fondos privados en competencia y el modelo del ahorro individual (G. M. M. Uribe, 2009, p. 134).

Sin embargo, la composición política del congreso de 1992 y en especial la Comisión Séptima encargada de los asuntos de seguridad social, en donde confluían otras fuerzas distintas a los partidos tradicionales, posibilitó una oposición a la iniciativa gubernamental. Los sindicatos lograron una ampliación del debate reducido al aspecto pensional para incluir el tema de la salud y riesgos profesionales. Las centrales obreras presentaron un proyecto de ley alternativo, el 248 de 1992 que avanzaba en la expansión del modelo de seguridad social, que incluiría salud, pensiones, educación, vivienda, recreación entre otros componentes.

Desde sectores del partido conservador se opusieron a reformar únicamente las pensiones, como lo hizo el Representante a la Cámara, Jaime Arias¹⁷, quien también reclamó por la inclusión de la salud en el proyecto, aunque coincidía con defendía el modelo del gobierno Gaviria (Ramírez, 1993). El proyecto de reforma pensional fue vetado por la comisión séptima del Congreso.

Para hacer frente a estos bloqueos, el presidente Gaviria reunió en la finca presidencial Hatogrande a un grupo de técnicos del Ministerio de Salud a cargo de Gustavo de Roux, cartera que seguía a cargo del AD-M-19; del DNP con la participación de Juan Luis Londoño y Nelcy Paredes; del Ministerio de Trabajo y

¹⁷ Médico de la Universidad Javeriana con especialización en salud preventiva, salud pública y administración de la salud de la Universidad de Harvard. Posteriormente se ha desempeñado como Ministro de Salud, Secretario de Salud en Bogotá, Presidente del ISS y actual (2014) presidente ejecutivo de ACEMI (Portafolio.co, 2011).

Seguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales a finales de 1992 para elaborar una propuesta que incluyera el sector salud en la reforma a la seguridad social.

El denominado “Proyecto Hatogrande” trató de llegar a conciliar los enfoques de mercado con elementos de solidaridad y compensación. El proyecto proponía una reforma estructural. Sin embargo, el presidente Gaviria lo descartó porque “*exigía muchos cambios institucionales y el debate podía obstaculizar la discusión del proyecto de pensiones*” (I. Jaramillo, 1999, p. 88). El presidente Gaviria era un fuerte defensor del modelo chileno, y como Ministro de Hacienda en el gobierno Barco intentó medidas tendientes al fortalecimiento del mercado, sin ningún éxito, por lo que la reforma pensional era una prioridad de su gobierno (G. M. M. Uribe, 2009, p. 133).

En esta coyuntura el presidente Gaviria introdujo una serie de cambios estratégicos en los ministerios de salud y trabajo que fueron claves para impulsar la reforma del gobierno. En agosto de 1993 el AD M-19 se retiró del Ministerio de Salud ante la crisis de la fragmentación propiciada por el sistema electoral y la estrategia implementada por liberales y conservadores conocida como la “*operación avispa*”. Esta consistía en que cada partido político presentara varias listas con el fin de alcanzar un mayor número de escaños y lograr mayorías en el Congreso utilizando estratégicamente el sistema del cociente electoral (Organización Panamericana de la Salud, 2003; G. M. M. Uribe, 2009, p. 138).

En reemplazo del ministro de salud Gustavo de Roux, el presidente Gaviria nombró a Juan Luis Londoño de la Cuesta que venía apoyando la reforma del gobierno desde el DNP. En el ministerio de trabajo nombró a Luis Fernando Ramírez Acuña¹⁸, quien se había desempeñado como director en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia DIAN y fue viceministro de Hacienda de la administración Barco. En esa época, Ramírez le remitió un

¹⁸ Contador de la Univesidad Jorge Tadeo Lozano. Con pocos pergaminos como sus colegas ministros, fue calificado por la prensa política como el ministro sorpresa, pues no pertenecía al grupo de la élite gobernante del kínder de Gaviria (Revista Semana, 1993).

memorando al candidato presidencial César Gaviria sobre la necesidad de una reforma en el sistema de salud y pensional sustentada en la experiencia del modelo chileno. Cuando fue llamado a integrar la cartera de trabajo, Luis Fernando Ramírez le manifestó al presidente Gaviria que no tenía nada que ver con esa cartera, pues su especialidad eran los asuntos fiscales y no las negociaciones con sindicatos. El presidente Gaviria le recordó el memorando que le había enviado sobre una reforma pensional, ya que era el momento del lograr cambiar el sistema (Dinero.com, 2013b).

A partir de estos cambios estratégicos el proyecto de reforma adquirió un carácter técnico centrado en la factibilidad financiera del sistema, lo que condujo a que no todos los participantes del debate logaran una comprensión profunda del sentido de la reforma, quedando confundidos en la terminología y los tecnicismos.

En las negociaciones y mediaciones para la reforma las centrales sindicales conservaron instituciones como el seguro social y los hospitales públicos, pero con la condición de someterse a las reglas de la competencia del mercado de la salud.

A su vez se mantuvieron regímenes especiales bajo el argumento de tratarse de derechos adquiridos. Se conservó el esquema de servicios de salud para las fuerzas militares y la policía; el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio; servidores públicos de Ecopetrol; y las universidades públicas (G. M. M. Uribe, 2009, p. 142).

En los debates para la aprobación del proyecto gubernamental el senador por el departamento de Antioquia, Álvaro Uribe Vélez¹⁹ jugó un papel determinante en la aprobación del proyecto al ser coordinador de ponentes y lograr defender e impulsar la aprobación de la ley.

¹⁹ Abogado de la Universidad de Antioquia con estudios de administración, gerencia y negociación de conflictos de la escuela de extensión de la Universidad de Harvard, “miembro senior asociado” del College Universidad de Oxford. Con una extensa carrera política en diversas instancias del Estado como funcionario público, hasta presidente de la República (2002-2006), reelegido por una vez (2006-2010), según la reforma a la Constitución que promovió en su primera presidencia.

Uribe Vélez alcanzó a superar el bloqueo que al interior del partido liberal estaba generando la vertiente “*samperista*”. Para la época se empezaban a configurar las campañas políticas para la elección presidencial 1994-1998 y Ernesto Samper Pizano regresaba de España, donde se desempeñaba como embajador para lanzar su campaña por la presidencia.

A través del presidente de la Comisión Séptima, Fernando Botero Zea²⁰, se manifestó que dicho proyecto no le convenía al samperismo. Sin embargo, Álvaro Uribe impulsó el proyecto políticamente y lo defendió de las críticas formuladas, logrando avanzar los debates y su aprobación definitiva (Dinero.com, 2013b).

Finalmente, El 23 de diciembre de 1993 el presidente César Gaviria sancionó la ley 100 de 1993 “*por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”. En su momento la sanción de la ley no generó una respuesta inmediata de los actores sociales que se oponían a la reforma. Una de las razones que explica esta ausencia está relacionada con la época cuando se produce la sanción, cuando se celebran las tradicionales fiestas navideñas, que le permitían al gobierno su aprobación sin mayores contratiempos. Una estrategia política que ha sido utilizada por el gobierno también en las demás reformas al sistema de salud²¹.

A su vez otras reformas que luego fueron declaradas inconstitucionales, como el caso del decreto legislativo que declaró la emergencia social en salud y que

²⁰ Hijo del famoso pintor y escultor colombiano Fernando Botero. Politólogo de la Universidad de los Andes y con un máster en Negocios y Administración Pública de la Universidad de Harvard. Doblemente condenado por la justicia colombiana; primero por su participación en los dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de Ernesto Samper; luego por el hurto de estos dineros para la compra de una finca en la sabana de Bogotá (Wikipedia, 2014) Prófugo de la justicia colombiana por no cumplir la pena de su segunda condena, el cual se mantiene impune en Ciudad de México (Pinzón, 2014).

²¹ La ley 715 fue aprobada el 21 de diciembre de 2001. La ley 789, el 27 de diciembre de 2002. La ley 1122 fue el 9 de enero de 2007. La ley 1438 el 19 de enero de 2011. La ley 1607 de 2012, con fecha de sanción presidencial del 26 de diciembre y la ley 1608 aprobada el 2 de enero del año 2013.

reformaba de forma estructural el sistema profundizando el mercado fue adoptada, al igual que la ley 100, el 23 de diciembre pero del año 2009.

La actual reforma tendría un proceso similar, incluso el presidente Juan Manuel Santos afirmó que *“la reforma a la salud sería el mejor regalo de navidad para los colombianos”* (Caracol Radio, 2013). Sin embargo, en esta ocasión la movilización social y la oposición a la reforma logró detener la aprobación de la reforma.

3. El complejo sistema de salud creado por la ley 100 de 1993 y sus múltiples reformas y regulaciones

La ley 100 de 1993 en su título II creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir de la noción contemporánea de servicio público, entendido como una mercancía sujeta a reglas especiales para su acceso a través del mercado (M. R. Rodríguez & Infante, 2004).

El mercado de la salud que reconfiguró la ley 100 de 1993, siguiendo a Hernández (2000, p. 129) no es estrictamente neoliberal, en el sentido de configurar un mercado privado para el acceso a los servicios públicos de toda la población. Sería más bien, una política (pos)neoliberal, en tanto que a partir de la división clasista de la sociedad se reconfiguró un mercado para la población con capacidad de pago; y los que carecen de dicha capacidad, se dispuso un esquema de subsidios y solidaridad financiera para que el Estado entregue de forma focalizada, seguros de salud para los pobres.

El sistema de salud de la ley 100 de 1993 se enmarca en una fuerte intervención del Estado, a través del concepto de la «competencia administrada o regulada», que se adecua al esquema de la tercera vía, y la supuesta superación del neoliberalismo (M. R. Rodríguez & Infante, 2004). Se trata de una política pública que configura la mejor combinación entre mercado y Estado. Tanto mercado hasta donde sea posible, en donde la salud pasa a ser considerada como mercancía y

en consecuencia, un bien privado que requiere de ser comprado en el mercado para su acceso; pero con tanto Estado hasta donde sea necesario, a través de políticas de focalización del Estado entrega subsidios de salud. También le corresponde al Estado regular y ocuparse de las funciones de inspección, vigilancia y control y el correcto funcionamiento del mercado de la salud.

Desde el derecho letrado se pretende que la competencia en el mercado de la salud sea altamente regulada y controlada por el Estado, con el objetivo de corregir los desequilibrios y la inestabilidad de las fuerzas que confluyen, pero sin que el Estado asuma la prestación directa del servicio.

El diseño del nuevo sistema de salud está atravesado por una multiplicidad de actores dentro del sistema, entre públicos y privados, así como asociaciones público-privadas y otras instituciones, en donde a cada una se le asigna un rol y funciones específicas, con un fuerte carácter técnico y especializado. Por ejemplo, los ciudadanos hemos tenido que familiarizarnos y entender las formas burocráticas para acceder a los servicios de salud, con siglas como EPS, ARS, EPS-S, EPS-C, IPS, ESE, FOSYGA, UPC, POS, POS-S, entre otras. La generación de un mercado de la salud y las asociaciones público privadas exigen múltiples regulaciones y diseños de gestión y control que intentan lograr un equilibrio entre el lucro privado y el interés público. Se pretende a partir de la regulación generar los incentivos correctos para obligar a los diversos actores que participan en el sistema a seguir los comportamientos adecuados y hagan elecciones racionales en el mercado de la salud. Sin embargo, como argumentaremos aquí, incluso desde el modelo teórico normativo, se impone la lógica del derecho útil al capital.

Según la ley 100 de 1993, el nuevo sistema de salud tiene por objeto (artículo 152) regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. El sistema de salud ha requerido de una extensa y muy compleja regulación y reglamentación.

A través del decreto 1298 de 1994 el gobierno nacional expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que sistematizaba, integraba, armonizaba en un solo cuerpo jurídico todas las normas relativas al sistema de salud. Se trataba de una extensa y detallada reglamentación, compuesta por 723 artículos que integraba la normatividad en materia de salud desde 1979 hasta 1994. La Corte Constitucional en estudio de una demanda de inconstitucionalidad contra el presente Estatuto lo declaró contrario a la Constitución, por cuanto la norma superior prohíbe que el presidente de la República en ejercicio de sus facultades extraordinarias dicte códigos por la vía de decreto.

La ley 100 de 1993 ha sido objeto de múltiples reformas legislativas. La ley 715 de 2001, *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*. Una norma que se ocupa por redefinir la financiación pública del sistema de salud bajo el modelo de descentralización de salud impulsado desde la década de los años noventa para los servicios de salud.

La ley 789 de 2002, *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*. La ley 1122 del 2007 *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. La ley 1393 de 2010, *“por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”*. La ley 1438 de 2011, *“por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. La ley

1607 de 2012, *“por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”*, y la ley 1608 de 2013, *“por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud”*.

Además se encuentra la ley estatutaria en salud que está en revisión ante la Corte Constitucional y en el año legislativo 2013-2014 se discute una nueva reforma, que mantiene intacto el modelo, lo que ha generado un alto rechazo por las organizaciones sociales, gremiales, sindicales, estudiantes y pacientes en general. Por otra parte, la reglamentación de la ley 100 ha sido profusa a través de diversos centros de producción regulatoria, como se presentará en esta explicación del sistema.

Con el fin de intentar una exposición comprensible del sistema de salud, nos guiaremos con la lógica de las políticas (pos)neoliberales: en primer lugar exponemos la forma en cómo se configura el mercado en salud, y luego cómo aparece el Estado y sus funciones, desde las formas letradas del derecho útil al capital, exponiendo cómo el modelo normativo ya incorpora la lógica de la acumulación por desposesión en salud.

3.1. De los subsidios a la oferta a los subsidios a la demanda: la transformación de los hospitales públicos para competir en la venta de servicios de salud

La redefinición del mercado de salud pasa por la transformación del modelo de subsidio a la oferta y la generación de un mercado entre los prestadores de los servicios de salud, regulados a través de los mecanismos de la libre competencia.

En el anterior modelo, el Estado financiaba a los hospitales públicos para que prestaran los servicios de salud como parte de la misma estructura administrativa. El nuevo esquema, de subsidio a la demanda²², modificó el financiamiento hacia la

²² Artículo 156 Ley 100 de 1993 literal n) Las entidades territoriales, con cargo a los fondos seccionales y locales de salud cumplirán, de conformidad con la [Ley 60 de 1993](#) y las

venta de servicios de salud, por lo que la sostenibilidad financiera de los hospitales dependerá directamente de la facturación en la venta de servicios de salud (Yepes et al., 2010, p. 23).

Para ello se hizo necesario transformar las figuras administrativas y financieras de los hospitales públicos con el fin de entrar al mercado de la salud como actores libres para ofrecer sus servicios. Los hospitales públicos se transforman en Empresas Sociales del Estado (ESE). El decreto 1876 de 1994 determinó su naturaleza jurídica como:

"una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos."

De igual forma demarca el objetivo de dichas empresas en el sistema de salud de prestar el *"servicio de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud."*²³

disposiciones de la presente Ley, la financiación al subsidio a la demanda allí dispuesta y en los términos previstos en la presente Ley; (Congreso de la República, 1993)

²³"Artículo 4º.- *Objetivos de las empresas sociales del Estado. Son objetivos de las Empresas Sociales del estado, los siguientes:*

- a. *Producir servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas, de acuerdo con la reglamentación que se expida para tal propósito;*
- b. *Prestar los servicios de salud que la población requiera y que la Empresa Social, de acuerdo con su desarrollo y recursos disponibles pueda ofrecer,*
- c. *Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social;*
- d. *Ofrecer a las Entidades Promotoras de Salud y demás personas naturales o jurídicas que los demanden, servicios y paquetes de servicios a tarifas competitivas en el mercado;*
- e. *Satisfacer los requerimientos del entorno, adecuando continuamente sus servicios y funcionamiento;*

Garantizar los mecanismos de la participación ciudadana y comunitaria establecidos por la ley y los reglamentos."

Este cambio en la forma de financiación estaba dirigido a generar una organización del mercado al interior del sistema de salud para la competencia en el supuesto de igualdad de condiciones entre los proveedores públicos y privados de los servicios de salud. Con la competencia se pretende mejorar la calidad de los servicios, y su prestación eficiente, así como la reducción de sus costos. Se propuso una transición gradual de los hospitales públicos a este nuevo modelo, para lo cual se previó mantener un reducido monto de subsidio a la oferta para la atención de la población pobre.

3.2. La lógica del modelo de aseguramiento obligatorio en salud

El otro eje estructural del sistema de salud es el contrato de aseguramiento. La introducción de esta forma contractual requirió la construcción de un nuevo mercado para acceder al servicio de salud. Al modelo de seguros de salud subyace la lógica y racionalidad del manejo social del riesgo en salud y el riesgo financiero, siguiendo los planteamientos del BM. El modelo de seguros tiene por fin mitigar los riesgos y generar una ampliación de la cobertura de los servicios de salud, para que toda la población acceda en condiciones de equidad.

El Estado debe asegurar que todos hagan parte del mercado de la salud, por eso se establece de forma reiterativa en la ley la obligatoriedad en la afiliación al sistema de salud, la cual aparece como principio (artículo 153 numeral 224); como fin que debe asegurar el Estado (artículo 154 literal b25) y como característica esencial del sistema de salud (artículo 156 literal b26).

242. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.

25b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;

26b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

Este elemento de la obligatoriedad en el mercado es un elemento esencial del derecho útil al capital, en tanto que se asegura a través de la coerción estatal la obligatoriedad de estar afiliado al sistema y comprar un seguro de salud, en este caso a favor de las aseguradoras de salud, en su mayoría empresas privadas con ánimo de lucro. Estas empresas, que se rigen por la ley de la competencia, no tienen que ocuparse de persuadir a sus clientes de comprar un seguro de salud ya que por ministerio de la ley es obligatorio hacerlo.

Para la población pobre es el Estado el que compra estos seguros a las empresas privadas y algunas públicas. Se evidencia una transferencia directa que hace el Estado a las aseguradoras privadas, dado que debe afiliar de forma obligatoria a las personas focalizadas como pobres. El Estado transfiere a empresas privadas recursos públicos que luego entrega a las personas por la vía de subsidios focalizados.

3.3. La estructura discriminatoria del sistema de salud. Los dos regímenes del aseguramiento según la clase social: régimen contributivo y régimen subsidiado y los excluidos del sistema llamados vinculados

La ley 100 de 1993 está dirigida a toda la población que no está cobijada por regímenes especiales que quedaron excluidos. La universalidad en el sistema de salud se define como un principio²⁷ que orienta a todo el sistema. Con el fin de garantizar el aseguramiento universal el sistema de salud divide a la población según su capacidad de pago.

En el régimen contributivo deben estar quienes tienen los recursos económicos para comprar el seguro de salud. Para esta población es obligatorio celebrar un contrato de aseguramiento con una Entidad Promotora de Salud, por un valor del 12% de su salario, aumentado a 12,5% con la ley 1122 de 2007. Para el caso de

²⁷ Art. 153 Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...) 3.1 **Universalidad.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida. Ley 100 de 1993.

los trabajadores se prevé que el empleador concorra en la financiación del contrato de aseguramiento en salud en un monto del 8% de su valor, el 4% restante corre por cuenta del trabajador.

A partir de la reforma tributaria contenida en la ley 1607 de 2012 se eliminó el aporte del 8,5 para los empleadores de su aporte en salud para trabajadores con una remuneración inferior a los 10 salarios mínimos. De esta forma se eliminan impuestos sobre la nómina, considerado como un obstáculo para la generación de empleo formalizado. Dichos aportes serán recaudados con el impuesto de contribución empresarial para la equidad (CREE), que no impone gravámenes sobre la nómina, sino sobre las utilidades de las empresas.

Los trabajadores independientes deben asumir completamente el valor del contrato, es decir el 12% de cotización, que se calcula a partir del 40% de su salario. Con la ley 1122 de 2007 se aumentó la cotización para el régimen contributivo en medio punto porcentual. La cotización se debe realiza a partir de un salario mínimo mensual vigente.

El régimen subsidiado está dirigido para afiliar a la población extremadamente pobre y que logre demostrarlo. De hecho el artículo 157 de la ley 100 de 1993 enunció con nombre propio quiénes serían merecedores de este tipo de seguro:

“Se consideran subsidiadas en el sistema las personas más pobres y vulnerables del país en las áreas rural y urbana, con especial importancia de las madres durante el embarazo, parto y posparto y periodo de lactancia, las madres comunitarias, las madres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, las personas con discapacidades, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de

construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”.

En el régimen subsidiado el Estado le entrega seguros de salud a quienes logren demostrar que pertenecen a las categorías definidas por la ley, a través de complejos procesos de focalización. Para ello se emplea un instrumento de clasificación para la identificación y clasificación de la población pobre y de esta forma hacer un uso eficiente de los subsidios, denominado Sistema de Información de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN). A través de la Aseguradoras del Régimen Subsidiado la población identificada como pobre accede a un seguro de salud. Su monto es menor al valor entregado en el régimen contributivo, asignados de forma individual con cobertura familiar, según la tablas que miden el riesgo de enfermedad de acuerdo al ciclo de vida (niños, hombres, mujeres, adultos mayores) de igual forma existe un monto diferencial por región geográfica.

La prestación de servicios de salud para las personas clasificadas en el régimen subsidiado se financia a través de un complejo esquema proveniente de diversos recursos públicos tales como transferencias, impuestos a los licores y juegos de azar, recursos propios de los entes territoriales, entre otros. También se considera un elemento de solidaridad financiera el traslado de 1% de las cotizaciones del régimen contributivo hacia el régimen subsidiado.

Esta división de la población según la capacidad de pago es transversal a todo el sistema en tanto que define los tipos de servicios y el monto para su financiamiento. A su vez se reproduce las divisiones de clase de la sociedad capitalista entre quienes pueden pagar por el seguro de salud, de aquellos que no pueden pagarlo. Estos últimos deben demostrarle plenamente al Estado que son merecedores y lo suficientemente pobres para no pagar directamente por dicho seguro.

El derecho útil al capital y la estructura de las políticas sociales permiten considerar estas clasificaciones como prácticas no discriminatorias, con un carácter neutral y técnico ya que dicha diferenciación se plantea únicamente para la organización administrativa y financiera del sistema.

Finalmente el sistema prevé que quienes no estén en ninguno de los dos regímenes contributivo o subsidiado, sean considerados bajo el eufemismo que la ley define como “vinculados al sistema”. Las formas útiles al capital encuentran en un uso estratégico del lenguaje cambiar el sentido de un término como “vinculado” para definir aquél que está por fuera del sistema, con una garantía precaria frente a sus necesidades en salud, ya que no está cubierto por los mismos beneficios de quienes pertenecen a los regímenes de clasificación del sistema. Para este grupo se prestará atención en los hospitales públicos y en los privados que tengan contrato con el Estado.

La ley 100 de 1993 estipuló un término temporal para que toda la población fuera incluida en alguno de los dos regímenes. La meta se debía cumplir a partir del año 2000. Ante el incumplimiento de esta meta, sustentado en la ausencia de los supuestos macro-económicos en que se sustentó el sistema de salud, el gobierno desarrolló a través de diversas regulaciones una forma de subsidio parcial, que contenía un valor menor de la UPC para el régimen subsidiado, y en consecuencia, también un POS menor al régimen subsidiado que ya estaba reducido. La ley 1122 de 2007 definió que la cobertura universal se alcanzaría dentro de los tres años siguiente a su promulgación.

Para ambos regímenes se previó el establecimiento de copagos y cuotas moderadoras con el fin de racionalizar el uso de los servicios de salud, y que las personas no acudieran de forma masiva y reiterada a los servicios de salud sino cuando se presentara la necesidad de una atención en salud. Estos consistían en un valor en dinero que el usuario pagaba ante la EPS.

Según el acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social, artículo 19 los copagos y cuotas moderadoras “*serán dineros de libre disposición por parte de las EPS*”. El derecho útil al capital establece una renta a favor del capital de las EPS ya que deberá hacerse ese pago a la aseguradora cada vez que se realice una consulta médica general y de otros profesionales de salud; consulta médica especializada; formulación de medicamentos ambulatorios; diagnóstico por laboratorio clínico, rayos x, imagenología y otros diagnósticos; odontología; procedimientos quirúrgicos ambulatorios y con internación.

Ante las barreras de acceso que significaron los copagos y las cuotas moderadoras, la ley 1122 de 2007 los eliminó para quienes estén clasificados en el nivel de mayor pobreza, así como redujo los periodos de carencia, esto es, el cumplimiento de un periodo de antigüedad de afiliación al sistema para acceder a servicios de salud, en especial para los pacientes de alto costo.

3.4. Las Entidades Promotoras de Salud EPS y el modelo de la competencia regulada

Todo sistema de salud requiere un organismo encargado de la administración y gestión en los diversos procesos que involucra la prestación de los servicios de salud. La lógica del aseguramiento está íntimamente relacionada con la intermediación financiera que introduce la ley 100 de 1993, a través de la Empresas Promotoras de Salud, EPS, para el régimen contributivo, y las aseguradoras del régimen subsidiado, ARS.

La ley 1122 de 2007 unificó su denominación, modificando únicamente sus siglas, pero manteniendo la segmentación y discriminación. A partir de esta ley, las aseguradoras para ambos regímenes se llamarían EPS (EPS-S / EPS-C). El derecho útil al capital también actúa de forma fetichizada en donde se oculta y traslapa la discriminación del sistema de salud con un maquillaje en los nombres de las aseguradoras, el cual se quiere volver a utilizar en la reciente reforma, en

donde las EPS pasarán a llamarse Gestoras en Salud. A continuación pasamos a realizar un análisis más detallado sobre estos actores fundamentales para el nuevo sistema de salud.

3.4.1. Las funciones de registro y afiliación de los usuarios del sistema

La ley 100 de 1993 no contiene un concepto ni define con exactitud qué es una EPS. El artículo 177 se ocupa de establecer sus funciones. En primer lugar se define que tiene a su cargo la afiliación y registro de los afiliados. Estas funciones se llevan a cabo a través de un contrato entre la persona afiliada y la EPS, que tiene la obligación de llevar este registro. En el inexequible Estatuto Orgánico de la Salud en su título segundo, que se ocupó de la organización, dirección y competencias del sistema, capítulo quinto, Entidades Promotoras de Salud, se avanzó en una definición de las EPS y enlistó 7 funciones a su cargo, así como de otros requisitos para su funcionamiento²⁸.

El papel de las EPS es un punto nodal al interior del sistema, por sus diversas funciones y las estrategias de estos actores para imponer sus propias reglas para la acumulación de capital. En este punto, resaltamos cómo el derecho útil al capital le da un poder importante a las EPS, al quedar bajo su control la información referente al registro y afiliación. Este es un aspecto relevante, ya que la regulación del Estado y sus funciones de vigilancia y control se ejercen sobre la información que le reportan al Estado dichas entidades.

²⁸ ARTICULO 57. DEFINICION. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en el presente Estatuto, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación que les reconoce el Sistema más las licencias de maternidad pagadas por ellas, al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Aunque el Estado dispuso del Sistema Integrado de Información de la Protección Social (SISPRO) con el fin de:

“obtener, procesar y consolidar la información necesaria para la toma de decisiones que apoyen la elaboración de políticas, el monitoreo regulatorio y la gestión de servicios en cada uno de los niveles y en los procesos esenciales del sector: aseguramiento, financiamiento, oferta, demanda y uso de servicios” (<http://www.sispro.gov.co>).

El control sobre la información ha permitido que las EPS manipulen las funciones del Estado tanto de regulación como las formas de inspección vigilancia y control. Sobre el particular el estudio de Bernal y Forero indican que:

“El sistema de salud colombiano se ha caracterizado por no contar con sistemas de información adecuados que permitan obtener datos actualizados de forma rápida y sencilla sobre el estado de salud de la población. A pesar del marco legal existente, el sistema de información de la salud en el país no se ha logrado desarrollar de forma esperada y ha permanecido segmentado y con problemas de calidad” (Bernal-Acevedo & Forero-Camacho, 2011).

La información para el control del sistema de salud proviene de fuentes externas al Estado, en especial de las EPS que son las primeras receptoras de toda la información. En los informe remitidos al Congreso de la República por parte de la CRES, se argumenta la falta de un sistema de información del Estado para el control de las EPS, por lo que se depende de la información que tiene cada entidad. La reforma actual propone centralizar estas funciones a cargo del Estado, que en su criterio le permitirá ejercer un control efectivo.

3.4.2. El recaudo de la cotización por delegación del FOSYGA y la compensación

El Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA es un fondo único en donde están todos los recursos del sistema de salud. Según el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el decreto 1283 de 1996 el FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia. Está compuesta por 4 subcuentas: 1) compensación interna del régimen contributivo; 2) solidaridad del régimen subsidiado en salud; 3) promoción de la salud; 4) riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT).

Por delegación del FOSYGA, las EPS tienen la función de recaudar las cotizaciones de los afiliados, esto es, el precio que paga la persona por comprar un seguro de salud. Pero además la EPS que recauda dichos dineros deberá *“[...] girar, [...] la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía”*.

Este elemento de la compensación está relacionado con el esquema de financiación previsto para que la EPS garantice la prestación del Plan Obligatorio de Salud, es decir, el conjunto de servicios que recibe la persona derivado del contrato de aseguramiento. El circuito del financiamiento del sistema pasa por el equilibrio entre los servicios incluidos dentro del plan de beneficios, POS, con los recursos que recibe la EPS para cubrir el gasto que generan la prestación de dicho conjunto de servicios. Para definir el costo económico que tiene el POS se creó la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Este es un valor ajustado a diversos factores (etarios y epidemiológicos) que define el Estado y es reconocido a las EPS para financiar el POS.

Desde el modelo de competencia regulada se supone que la EPS no define la prima del contrato del seguro de salud. Esta es una función de la regulación del Estado, a partir de estudios técnicos, que establecen el costo del aseguramiento del POS, se fija el valor que recibe la EPS por cada persona que afilia.

Como las EPS tiene a su cargo el recaudo de las cotizaciones por delegación del FOSYGA, pero el valor del seguro lo fija el Estado a través de la UPC, las EPS deben hacer un cruce de cuentas entre el número de afiliados a su empresa con el valor de la UPC. Si luego de dicho cruce, resulta que su recaudo recibió menos dinero para el cubrimiento del POS, la EPS recibe dicho faltante del FOSYGA de la subcuenta de compensación. Si por el contrario, el monto que recaudó la EPS es mayor, deberá girar dicho valor adicional a la subcuenta respectiva del FOSYGA.

Este mecanismo de la compensación es considerado como una forma de solidaridad financiera del sistema de salud, denominada subsidio cruzado. En principio, todas las EPS reciben el mismo valor para la prestación de los servicios de salud, por lo que la competencia no pasa por la definición del valor del seguro, y en caso de mantener un recaudo menor, el sistema se encarga de compensar dichos faltantes a la EPS. Una de las fuente de negocio de las EPS radica en aumentar su número de afiliados, ya que esto le permitirá aumentar el monto de los recursos que recibe del Estado, así su recaudo sea menor. En consecuencia, el derecho útil al capital le permite que las EPS se concentren en aumentar su número de afiliados, sin que se ocupen por el recaudo por el pago del servicio, ya que será el Estado el encargado de entregar los recursos faltantes a las EPS.

3.4.3. La prestación del Plan Obligatorio de Salud POS

La segunda función básica de las EPS según la ley 100 de 1993 es “*organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio a los afiliados*”.

Con el modelo de aseguramiento universal de la ley 100/93 se confían en que un actor racional, las aseguradoras de servicios de salud, van a ser compradores inteligentes de servicios de salud, y por lo tanto, brindarán sus servicios a los afiliados con el fin de ayudarlos a comprar de forma eficiente y a precios justos.

Para ello las EPS tienen varias posibilidades, en donde también opera el derecho útil al capital. Una opción es través de la celebración de contratos con los hospitales, clínicas, centros médicos, y demás instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS). La ley autoriza a las EPS a racionalizar el gasto en salud a través de diversas modalidades de contratación como el pago por capitación; protocolos o presupuestos globales fijos, pagos por evento, entre otros.

La finalidad de las formas contractuales es incentivar la promoción y prevención y el control de costos, según el artículo 179 de la ley 100 de 1993. El derecho útil al capital está alojado en la forma en que se transfiere el poder de decisión a las EPS con quién contratar los servicios de salud y definir su precio, además de las diversas modalidades contractuales que da un amplio margen de maniobra a las EPS.

La otra opción que tienen las EPS es que presten directamente los servicios, es decir, que la ley los autorizaba a crear su propia red de prestadores de servicios de salud, IPS. Este elemento fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-616 de 2001, que encontró ajustado a la Constitución esta modalidad de prestación de los servicios de salud. Al respecto señaló la Corte:

"[L]a garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud, por medio de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. (...) el Congreso optó por una modelo en el cual dicha diferenciación funcional no impide un proceso de integración, (...) opción que el legislador dejó abierta y responde a una realidad del mercado, que le permite a algunas entidades racionalizar y prestar un servicio más eficiente a sus afiliados".

3.4.4. Las EPS pasan a ser definidas como aseguradoras de la salud

El desarrollo regulativo y el debate público han mantenido en la agenda pública la discusión sobre la función de las EPS en el sistema de salud. La ley 100 de 1993 le asignó un conjunto de funciones administrativas del sistema como la afiliación y el recaudo de la cotización entre otras. Además les fijó a las EPS la función de entregar de los servicios de salud, bajo el modelo de “comprador inteligente”, según las demandas de sus afiliados, con el fin de racionalizar el gasto en salud. A pesar de ello, en la práctica las EPS estaban cumpliendo muy pocas de esas funciones.

En este sentido, en la reforma al sistema consignada en la ley 1122 de 2007 se discutió ampliamente el papel y la función que tienen las EPS en el sistema. El Polo Democrático Alternativo promovió en su momento la eliminación de la EPS y su función de intermediación en el sistema de salud, bajo el liderazgo de los senadores Luis Carlos Avellaneda²⁹ y Gloria Inés Ramírez³⁰. Para los senadores del partido político de oposición, las EPS no habían cumplido con las funciones que le fueron asignadas en la regulación.

El gobierno no era partidario de una reforma estructural al sistema, sino de introducir algunos ajustes, conservando su estructura. Quien lideró la defensa del modelo fue la senadora Dilian Francisca Toro³¹. En los debates en plenaria, la senadora Toro explicó que el problema con las EPS radicaba en que no han

²⁹ Abogado de la Universidad Libre de Colombia, se ha desempeñado en cargo directivos dentro del sindicato de los educadores FECODE; Senador de la República desde 2002 por el Polo Democrático (<http://www.congresovisible.org/congresistas/perfil/luis-carlos-avellaneda-tarazona/10/>)

³⁰ Licenciada en física y matemáticas de la Universidad Tecnológica de Pereira. Magister en desarrollo social y educación de la Universidad Pedagógica Nacional y especialista en garantía de los derechos laborales de la Universidad de Toledo en España. Se ha desempeñado como profesora en instituciones públicas, desempeñados cargos dentro del sindicato de los educadores FECODE; la Central Unitaria de Trabajadores CUT. Miembro del Partida Comunista Colombiano y del movimiento social y político Marcha Patriótica. Senadora de la República desde 2006, por el Polo Democrático (<http://www.congresovisible.org/congresistas/perfil/gloria-ines-ramirez-rios/1260/>).

³¹ Médica cirujana de la Universidad Libre con especialidad en medicina interna y reumatología de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Conocida como la "baronesa de la salud" (Montero, 2010), por ejercer un fuerte control sobre el sector de la salud al interior del Congreso y en la región del Valle del Cauca, actualmente privada de la libertad por orden de captura emitida por la Corte Suprema de Justicia por el delito de lavado de activos, tras 20 años de acusaciones en su contra (León, 2012a).

cumplido el papel de aseguradoras, lo que ha generado problemas sobre la portabilidad del carné, continuidad en el servicio, remisiones, acceso a medicamentos, entre otros aspectos. Tampoco se ha realizado una evaluación del aseguramiento en términos de resultados en salud, porque las evaluaciones hasta el momento sólo han sido en términos financieros.

Para la senadora, la reforma debía avanzar en la evaluación por resultados a las EPS a través de indicadores de calidad de atención y salud. Su propuesta era que las EPS asumieran efectivamente las funciones de aseguramiento. Para ello argumentó en el debate de la ley que se debe desvirtuar esa idea del negocio de la salud ya que el modelo de la ley 100/93 está sustentando en un esquema de aseguramiento.

Los indicadores de resultado en salud para medir el desempeño de las EPS en términos de aseguramiento descarta la posibilidad del negocio, y logra crear un control efectivo sobre las EPS. Explicó la senadora Toro que la Superintendencia Nacional de Salud también colaboró en la propuesta y se estipularían sanciones drásticas para que las EPS cumplan la ley. Según la Senadora, la reforma al sistema estaría logrando una diferencia sustancial porque la medición de las EPS no será únicamente financiera, sino en resultados en salud.

En este sentido la ley 1122/07 delegó al Ministerio de Protección Social la regulación para la evaluación de las EPS a través de indicadores de gestión y resultados en salud y bienestar de los afiliados al sistema de salud. A partir de esa evaluación el ministerio debía fijar estímulos o exigir convenios de cumplimiento. Además se introducían una serie de sanciones para las EPS; los municipios; los Departamentos o la entidad que se encargara de administrar los recursos de salud. Sin embargo, el derecho letrado no avanzó en una regulación sobre este punto, ni tampoco se realizó la evaluación ordenada, que evidencia el carácter discrecional, y el poder político de las EPS para superar estas formas de control.

El artículo 14 de la ley 1122 definió el aseguramiento en salud, el cual consiste en la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Bajo esta definición precisa, las EPS adquirieron un poder de representación y de compradores inteligentes de servicios de salud: “[se] exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla las obligaciones establecidas en el Plan Obligatorio de Salud”.

No obstante, como lo ha manifestado Jaime Arias, representante legal de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI, las aseguradoras privadas de salud no han cumplido hasta el momento con su funciones de aseguramiento, como lo expuso en el Convención Internacional de Seguros (Arias, 2013).

En la actual reforma, el Ministro de Salud ha planteado una supuesta reestructuración de las EPS, que pasarán a llamarse “gestoras en salud” según el proyecto de ley, van a ser evaluadas por sus resultados en salud. El derecho útil al capital se evidencia también en cómo las reformas se plantean sobre elementos que ya habían sido reformados.

3.5. La libertad de elección y los planes de beneficios del seguro de salud

Un pilar fundamental que también es varias veces reiterado en la ley es la libertad de elección³². Aparece como principio³³, como función del Estado encargado de

³²Resolución Número 1445 De 2006 8 De Mayo De 2006

³³Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando

garantizar su cumplimiento³⁴, y como característica esencial del sistema³⁵. El mercado regulado de salud permite que el cliente tenga libertad de elección, en ambos regímenes contributivo y subsidiado, de cuál EPS se quiera afiliar, es decir, suscribir un contrato de aseguramiento en salud.

Dicho lineamiento parte del supuesto del actor racional que cuenta con toda información disponible para tomar de forma eficiente su decisión de elección de aseguradora en salud. Sin embargo, el actual sistema de salud no cuenta con bases de datos ni sistemas de información fortalecidos como se enunció anteriormente dado que el Sistema de Información de Protección Social en Colombia no está consolidado a la fecha y no cuenta con amplia difusión entre usuarios para la toma de decisiones. Aunque la Corte Constitucional ordenó la construcción de un “ranking” de las EPS relacionado con el respeto de los derechos; evaluación de los usuarios; proceso y resultado de atención en salud, su primer informe apareció en el año 2013.

Por el pago de este precio, el trabajador recibe por parte de la EPS la administración de la afiliación del cotizante y su grupo familiar beneficiario por su afiliación. También tiene derecho a que la EPS cubra las incapacidades por enfermedad general y las licencias de maternidad. Cuando la población pobre se afilia a la EPS tiene derecho a recibir un conjunto de beneficios, pero no a las incapacidades, ya que no existe un pago de esta población para este beneficio. El conjunto de paquetes o planes que otorga el seguro de salud son los siguientes:

ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley. Art. 153

³⁴ Ley 100 de 1993 ARTICULO 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley;

³⁵ Ley 100 de 1993 ARTICULO 156. Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: (...) g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

- El Plan Obligatorio de Salud (POS) para el régimen contributivo;
- El Plan Obligatorio de Salud (POS-S) para el régimen subsidiado reducido a un 70% en comparación con los servicios para el POS del régimen contributivo;
- A partir del 2004 se implementan los subsidios parciales, que tiene un plan de beneficios más reducidos en comparación al régimen subsidiado.
- Desde la sentencia T-760/08 se lleva a cabo la unificación de los planes de beneficios de forma gradual y diferenciada iniciando por los niños y niñas.
- En el año 2013 el Ministerio de Salud unificó el POS para régimen contributivo y subsidiado.

Las personas con capacidad de pago que está en el régimen contributivo pueden comprar planes adicionales en salud que son de carácter voluntario a los que se puede acceder por un valor adicional a la afiliación obligatoria. Según las declaración de Ministro de Salud, Alejandro Gaviria, la clase media en Colombia está creciendo lo suficiente, pero no está comprando seguros adicionales de salud, por lo cual, la reforma plantea la posibilidad de comprar únicamente este tipo de seguros de salud, sin que tener que pagar la afiliación obligatoria al régimen contributivo.

La ley 1438 de 2011 unificó la regulación sobre Planes Voluntarios de Salud (PVS) que incluye 4 componentes: 1) Los Planes de Atención Complementaria (PACS) es el conjunto de intervenciones y procedimientos no indispensables para el tratamiento de la enfermedad y la recuperación a la salud referentes a cuestiones de comodidad y lujo, así como una red de prestadores no incluidos dentro del POS; 2) Los Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades dedicadas a la prestación de estos servicios; 3) las pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera; 4) otros planes autorizados por la autoridad competente.

El Plan Obligatorio de Salud (POS) contiene el conjunto de eventos que cubre la póliza de salud que consiste en: *“atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales”* según el literal c) del artículo 156 de la ley 100 de 1993. Este es un aspecto central del modelo de la ley 100. El POS contiene el conjunto de servicios que se compran a la aseguradora y que esta deberá entregarle al usuario. Por lo tanto su definición es un aspecto medular del contrato de seguro en salud, pues lo que se incluya o se excluya define el contenido material y específico de los servicios de salud que está dispuesto a entregarse por el precio de la cotización. En este sentido, resulta relevante examinar el proceso regulativo del POS en tanto que este es un elemento central en el litigio en salud. Pero además, su definición estricta y limitada responde a la racionalidad del derecho útil al capital en su necesidad de calcular con exactitud el valor contractual que pueda establecer su margen de ganancia con mayor precisión.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo 08 de 1994, *Por el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Este acuerdo fijó los criterios para la inclusión o exclusión de servicios de salud dentro del POS. El artículo define que el criterio fundamental es *“la mayor efectividad en la utilización de los recursos, mayor eficacia en términos de los resultados deseados y a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía.”* Elementos que reitera en el artículo 6, por lo que los servicios deben conducir a: *“la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”*.

El artículo 7 define un listado de exclusiones explícita del POS; esto es, el conjunto de servicios y procedimientos médicos que quedan por fuera del precio del aseguramiento. Para acceder a ellos, las personas deberían pagar por separado su costo. El artículo define este tipo de servicios como aquellos que *“no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios”*.

Frente a los servicios incluidos dentro del POS, el artículo 8 dispone “*Adoptar el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos para dar cumplimiento a la provisión de servicios del Plan Obligatorio de Salud por niveles de complejidad*”. El desarrollo del POS y su interpretación se configuró en un paquete de servicios como un listado de actividades, intervenciones y procedimientos explícitos, y por lo tanto, todo lo que no se encontrara mencionado de forma expresa, haría parte del conjunto, igualmente explícito de las exclusiones del POS.

El mencionado manual por el acuerdo del Consejo Nacional de Salud se adoptó a través de otro dispositivo jurídico: la resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud a cargo de Juan Luis Londoño de la Cuesta. Esta resolución define con total exactitud el POS, se trata de un manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud. Este manual es conocido como el mapipos, que contenía disposiciones que refuerzan el argumento que el POS se comprende desde un esquema rígido de inclusiones. El artículo 13 de dicho instrumento establece la regla sobre formulación y entrega de medicamentos. Al respecto indica la norma:

“ARTICULO 13. FORMULACION Y DESPACHO DE MEDICAMENTOS. *La receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el MANUAL DE MEDICAMENTOS Y TERAPEUTICA, sin que por ningún motivo se admitan excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario”.* [Énfasis nuestro]

En este sentido, la configuración es estricta y precisa con un objetivo preciso: calcular los costos en salud. Esto permitiría generar proyecciones a largo plazo y determinar la evolución del gasto en salud. Sin embargo, la mayor precisión en el conjunto de servicios que hacen parte del POS permite al capital en salud definir sus estrategias de acumulación y contención de costos según estas definiciones estrictas del derecho a la salud. Algunos médicos están en contra de esta lógica,

dado que el carácter aleatorio e imprevisible de la salud no puede medirse ni agotarse en los cálculos económicos, que ya ni siquiera responde a la lógica de lo costo-eficiente, sino a lo costo-lucrativo (Mooney, 2012).

Posterior a dicho acuerdo, se produce una explosión normativa para regular el POS y su contenido en términos de inclusiones y exclusiones. El 5 de agosto de 1994 el presidente César Gaviria Trujillo y su ministro de salud, Juan Luis Londoño de la Cuesta, emitieron el decreto 1938 *“Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994”*. En su artículo 45 se define el *“manual de medicamentos y terapéutica”* que desarrolló un listado de medicamentos por nomenclatura y nombre, que de nuevo refuerza la interpretación taxativa y literal del POS, como listado preciso de servicios de salud.

La ley estatutaria en salud, que contó con la asesoría del exmagistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda, ley que actualmente cursa revisión previa en dicho alto Tribunal para luego pasar a su sanción presidencial, gira en torno a este punto específico del sistema de salud, planteado en el lenguaje de la dogmática constitucional. En ese sentido, la norma se encarga de regular y establecer con precisión el núcleo esencial del derecho a la salud. En su comprensión, este se reduce a un listado de servicios que el Estado debe garantizar. Pero a su vez, se define un listado explícito de exclusiones, servicios y procedimiento que están por fuera del núcleo esencial del derecho fundamental que por lo tanto autoriza al Estado a no garantizar ese conjunto de servicios que superan el ámbito del núcleo esencial. El Estado se releva del deber de garantía y protección, y por lo tanto dichos servicios deben ser asumidos de forma privada.

3.6. El papel del Estado en el sistema de salud

La función principal del Estado se encuentra en la regulación del mercado y el ejercicio de la inspección, vigilancia y control en aras de su correcto funcionamiento. En estas funciones interviene el Ministerio de la Salud. Bajo el gobierno de Juan Manuel Santos (2012-2014), por medio de la ley 1444 de 2011 se escindió el Ministerio de Salud y Protección Social del Ministerio de Trabajo que bajo el mandato de Álvaro Uribe (2002-2010) fueron fusionados. El decreto 4107 de 2011 *“por medio del cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”* enlistó en el artículo 2 un conjunto de 37 funciones, a través de las cuales la cartera de salud tiene a su cargo la dirección del sistema de salud.

Los aspectos financieros están asignados al FOSYGA. El artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el decreto 1283 de 1996 establecen que el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, que centraliza todos los recursos de la salud y se encarga de hacer los procesos de compensación con las EPS. A partir de la ley 1438 de 2011 se implementan los *“giros directos”* a los prestadores de los servicios, así como a los entes territoriales para el mantenimiento de la red pública hospitalaria y el porcentaje del 10% del subsidio a la oferta. A través de esta modalidad se buscó que el Estado entregara los recursos económicos directamente a las IPS sin necesidad de la intermediación financiera de las EPS.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) creado por la ley 100 de 1993 entidad adscrita al Ministerio de Salud, cumplía la función de reunir a todos los actores que participan en la salud para definir los elementos centrales de la dirección y desarrollo del sistema de salud.

En los debates de la ley 1122 de 2007 se planteó que el Consejo Nacional de Seguridad Social, por su composición en donde se encontraban intereses contrapuestos, generaba una excesiva limitación en el desarrollo de sus funciones,

provocando una concentración en las necesidades de cada actor que concurría a dicho espacio y no el conjunto del sistema de salud.

EN su reemplazo se propuso la creación de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) para reemplazar al CNSSS. Con la ley 1122 la regulación del sistema de salud se dejó a cargo de la CRES, y el CNSSS se transformó en un organismo asesor. A lo largo del debate de la ley 1122 fue reiterativo la necesidad de un organismos de carácter técnico, por lo que su composición estaría integrada por expertos en la materia.

El Polo Democrático Alternativo presentó una proposición sustitutiva sobre la creación de la CRES. En la intervención de la senadora Gloria Inés Ramírez y el senador Luis Carlos Avellaneda se objetó el artículo porque desconocía tratados de la Organización Internacional del Trabajo por excluir la participación de los usuarios y trabajadores, que no tenían espacio dentro de la CRES. También objetaron la creación de un organismo de carácter técnico que repite el modelo centralizado presidencialista, y se abunda en una confusión de funciones entre el Ministerio, la CRES y el CNSSS.

El artículo 3 de la ley 1122 de 2007 creó la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social. Estaría integrada por el ministro de la protección social, quién además la preside, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y cinco comisionados expertos.

La norma además dispuso que los comisionados expertos fueran designados por el Presidente de la República. La designación se haría a partir de las ternas enviadas por diferentes entidades. La norma lista de forma genérica las entidades postulantes: *“Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados”*.

Se destaca que en este listado no aparezcan enunciadas las empresas promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, ni las productoras o comercializadoras de medicamentos. Incluso el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1122/2007 dispone el régimen de inhabilidades e incompatibilidades el cual prohíbe postular a comisionados que tengan vínculos contractuales con alguna de estas empresas, o cuyos familiares sean representantes legales, accionistas o propietarios de dichas empresas.

El decreto 2277 del 2008 reglamentó el proceso de asignación de los comisionados expertos que conformarían la CRES. En su artículo 3 definió las características que las organizaciones y entidades enlistadas en la ley 1122/07 debían acreditar con el fin de quedar registradas ante el Ministerio de Protección Social y proponer sus ternas de comisionados. Entre los requisitos se estipuló: “*c) Contar con un número representativo de asociados, según el tamaño del sector que agremie, de acuerdo con lo que para el efecto haya establecido el Ministerio de la Protección Social;*” Este literal específico fue objeto de reglamentación a través de la Resolución 2571 de 2008. Dicha resolución dispuso los criterios que debían reunir las entidades a presentar ternas. El numeral 2 dispuso: “*Los gremios de la producción y los sectores económicos, serán representados por la organización del sector y/o subsector que acredite el mayor número de afiliados dentro del gremio o sector que representen*”.

En definitiva, la regulación del derecho útil al capital abrió un espacio para que los sectores económicos que invierten en el negocio de la salud tuvieran la posibilidad para incluir a sus propios comisionados y poder establecer más reglas útiles al capital desde la CRES. A partir del proceso de regulación de normas específicas quedó desvirtuado el objetivo de la norma de regular el mercado de la salud.

La ley 1438 de 2011 en el artículo 145 derogó expresamente las funciones consultivas a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Finalmente, el decreto 2560 del 2012 ordenó la supresión de la Comisión de

Regulación en Salud (CRES), su liquidación y el traslado de sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social. Así queda en evidencia el carácter flexible y poroso del derecho útil al capital, que no se rige por las estructuras rígidas y formales, sino que responde a intereses de todo tipo en su desarrollo. En este caso, la derogatoria de una institución por vía de un decreto, sin el debate en el Congreso de la República que en la ley 1122/07 creó la CRES como entidad reguladora en salud.

Las funciones de inspección, vigilancia y control fueron asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud. Dicha institución tiene como antecedente la Superintendencia de Seguros de Salud creada a partir de los decretos legislativos 1650 y 1700 de 1977. Fue reglamentada mediante el decreto 776 de 1988 y la ley 15 de 1989 le cambió su denominación a Superintendencia Nacional de Salud. Con la ley 10 de 1990 se integró esta entidad al Sistema Nacional de Salud y su fortalecimiento, dadas las funciones que le eran asignadas a dicha entidad al interior del sistema.

En la ley 100 de 1993 también se reguló esta institución con el fin de enmarcar sus funciones de inspección y vigilancia al nuevo esquema de la competencia regulada. Con la ley 1122 de 2007 se creó el Sistema de Inspección Vigilancia y Control en donde se amplían las funciones de la entidad y hasta incluye elementos jurisdiccionales. La ley 1438 de 2011 y la actual reforma recaba en la necesidad de fortalecer este elemento del sistema ante la falta de inspección y vigilancia. Además, según el último proyecto de reforma, la Superintendencia va a ser descentralizada. Sin embargo, estos mismos argumentos ya aparecían en los debates en el proceso de discusión de la ley 10 de 1990 y las reformas posteriores.

La Superintendencia Nacional de Salud debe ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre aquellas empresas o entidades que tienen el manejo de los recursos públicos destinados para atender los servicios de salud. SOAT; EPS;

IPS; Cajas de Compensación Familiar, fondos, entidades de previsión social, exploten o administren el monopolio de las loterías, licores, fesyga, empleadores aportantes.

Sin embargo, coincidimos en las conclusiones del informe de la Procuraduría General de la Nación, el cual manifiesta que: *“A pesar del esfuerzo de fortalecer el subsistema [de Inspección, Vigilancia y Control IVC] y de los ajustes que le han hecho, las labores de inspección, vigilancia y control siguen siendo fragmentadas desarticuladas y dispersas, por lo que aún en su propia lógica económica el sistema tiene serias limitaciones prácticas”* (Procuraduría General de la Nación, ACCD, & DeJusticia, 2008).

Capítulo IV El derecho útil al capital practicado en el sistema de salud en Colombia

La otra forma de configuración del derecho útil al capital se concretiza en la forma en como es practicado, interpretado, en su uso y abuso que se hace de sus formas letradas, que evidencia la forma en cómo se manipulan las formas jurídicas para favorecer al capital, en donde la supuesta neutralidad y el interés general se subordina ante los imperativos de la acumulación, el flujo y la reproducción del capital. En este capítulo nos ocuparemos de describir esta otra forma que adquiere el derecho útil al capital en el desarrollo del sistema de salud.

1. Las estrategias para la venta y compra de servicios de salud orientados por la rentabilidad financiera

El nuevo esquema de organización para la prestación de los servicios de salud profundiza la lógica de mercantilización de la salud. Se aspira a que bajo la dirección del Estado se corrigieran las fallas del mercado y los subsidios permitirían la entrada de los pobres a partir de la implementación del manejo social del riesgo como elemento fundamental para el funcionamiento del sistema de salud. Sin embargo, el supuesto teórico de la regulación de la competencia va a quedar desvirtuado por la práctica del derecho útil al capital. Aquí diversos actores hacen usos de las fórmulas jurídicas útiles al capital para el lucro privado.

A continuación realizamos un análisis de los actores del sistema con el fin de rastrear las estrategias y mecanismos que cada uno intenta imponer, con distintos grados de éxito, en la consolidación de su propio derecho útil al capital, sus propias reglas para la acumulación a partir de la interpretación o tergiversación y acomodamiento del derecho letrado. Cada actor está envuelto en complejas relaciones con el derecho impuesto por el Estado. En algunas ocasiones las regulaciones estatales generan barreras para la acumulación infinita de capital, por lo que los actores contraponen su propio derecho con el fin de superar dichas barreras y crear e implementar reglas para su acumulación.

Pero también, el derecho letrado da cuenta de cómo el Estado establece un derecho útil al capital, que genera a partir de la interpretación de la norma formas de “*corrupción legal*”, amparadas y sustentadas en la letra de la ley, como lo denunció el senador Jorge Enrique Robledo³⁶ en un foro sobre la lucha contra la corrupción (J. E. Robledo, 2011).

2. El camino hacia la destrucción del monopolio público y hacia la consolidación del oligopolio privado

El nuevo esquema de competencia del mercado de aseguradoras de salud y prestadores de los servicios requería romper con el monopolio público, y en su reemplazo establecer un oligopolio privado. La implementación del modelo de la ley 100 de 1993 requería que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) que estaba integrado verticalmente por reunir las funciones de afiliación, administración y prestación de los servicios de salud, fuera desintegrado y dividiera con exactitud todos los procesos administrativos, de aquellos relacionados con la prestación directa de los servicios de salud. Este proceso implicaba cambios y transformaciones profundas en la estructura de la institución, que contó con algunas resistencias políticas, en especial, en cabeza del primer ministro de salud bajo la presidencia de Ernesto Samper (1994-1998), el médico Alonso Gómez.

En efecto, la gestión del Ministro Gómez retrasó las transformaciones institucionales requeridas para la puesta en marcha del nuevo modelo. Vinculado a las organizaciones laborales del Hospital San Juan de Dios, la institución pública de salud más importante en el país, el Ministro había fijado una agenda política que no respondía al modelo de la ley 100. Su plan se concentró en el mejoramiento salarial de los trabajadores del sector salud; unificar los paquetes de

³⁶ Arquitecto de la Universidad de los Andes, militante del Movimiento Obrero Independiente y Revolucionario MOIR, profesor universitario en la Universidad Nacional de Colombia, y además ha publicado varios libros sobre la historia social, política y económica del país. Senador de la República desde el 2002 por el Polo Democrático (Deslinde).

beneficios entre el régimen contributivo y subsidiado y el fortalecimiento de la red pública de clínicas y hospitales (G. M. M. Uribe, 2009, pp. 163-165).

Sin embargo, la gestión del ministro Alonso Gómez duró poco, para ser reemplazado por Augusto Galán Sarmiento, también médico quien tenía una posición favorable a la reforma. Bajo su gestión se avanzó en la implementación de la ley 100 al aprobar las primeras EPS del régimen contributivo y subsidiado que provenían de la medicina prepagada y entidades financieras. En medio del escándalo de la financiación de la campaña presidencial de Ernesto Samper (1994-1998) por el cartel de Cali, el ministro Galán argumentó motivos éticos para apartarse de dicha cartera. Fue reemplazado por María Teresa Forero de Saade, quien era directora de Acemi, institución que en su momento asociaba a las empresas de medicina prepagada, y bajo su gestión avanzó de forma decisiva en la implementación de la ley, apalancando los intereses privados desde el Estado (G. M. M. Uribe, 2009, p. 167).

El Seguro Social fue reestructurado para la competencia con las aseguradoras privadas. La estrategia fundamental fue la escisión de la función de la Administración de la prestación del servicio, llevada a cabo mediante el decreto 1750 de 2003. Se creó la EPS – Instituto del Seguro Social (ISS) operando tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado. Las clínicas y hospitales que eran parte del ISS pasaron a ser Empresas Sociales del Estado³⁷,

³⁷**Artículo 5°.** *Sede.* Las Empresas Sociales del Estado previstas en el presente decreto tendrán las siguientes sedes:

1. La Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, en la ciudad de Medellín.
2. La Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, en la ciudad de Barranquilla.
3. La Empresa Social del Estado Antonio Nariño, en la ciudad de Santiago de Cali.
4. La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, en la ciudad de Bogotá D. C.
5. La Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, en la ciudad Bogotá, D. C.
6. La Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, en la ciudad de San José de Cúcuta.
7. La Empresa Social del Estado Rita Arango Álvarez del Pino, en la ciudad de Pereira.
5. La Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, en la ciudad Bogotá, D. C.
6. La Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, en la ciudad de San José de Cúcuta.
7. La Empresa Social del Estado Rita Arango Álvarez del Pino, en la ciudad de Pereira.

ESE, que también debían someterse a la competencia con los prestadores privados de los servicios de salud. En otros casos, ante su insostenibilidad financiera fueron liquidadas y pasaron a ser adquiridas por el sector privado.

La implementación de la ley 100 de 1993, tanto en salud como en pensiones, se hizo a través de una agresiva campaña publicitaria que aprovechó el momento histórico de la hegemonía del sector privado sobre el público, con el fin de ir avanzando en la destrucción de estas instituciones y el ascenso de los fondos pensionales privados, así como las aseguradoras de salud.

Entre tanto las EPS privadas en el país reportaban importantes márgenes de acumulación de capital. Saludcoop, Susalud y Salud Colmena fueron incluidas en el grupo de las 25 empresas nacionales con mayores márgenes de rentabilidad, con un incremento en sus utilidades de 1,549 millones por utilidades operativas en Junio de 1997 a 6,919 millones en 1998 (Colombia, 1999).

De forma simultánea a la destrucción calculada del ISS, el negocio del aseguramiento en salud se apuntalaba financieramente con importantes excedentes financieros para sus accionistas. Parte de este crecimiento exponencial de las EPS se debía al cambio de relación de la afiliación pública a la privada. Hasta 1996 las EPS públicas tenían el 62% del total de afiliados y las EPS privadas el 38%. Para 2003 la relación se había invertido: alrededor de un 75% de afiliados estaban en EPS privadas y sólo un 25% en EPS públicas (Arroyave, 2005).

Al mismo tiempo el ISS era sancionado por la Superintendencia Nacional del Salud (SNS) en 1998, ante los malos manejos administrativos de los recursos y la prestación de los servicios. Esta sanción implicaba la congelación de las afiliaciones del ISS hasta tanto no se realizara una adecuación institucional. Este hecho fue aprovechado por las aseguradoras privadas para fortalecer su afiliación y por lo tanto captar más recursos del sistema de salud (Colombia, 1999).

Las EPS empezaban a establecer sus formas útiles al capital a través de la selección adversa de sus afiliados, limitando la libertad de elección dispuesta en la ley 100 de 1993. Por ejemplo, la atención del 80% de las enfermedades de alto costo (Cáncer, Sida, enfermedades renales y otras) había quedado a cargo del ISS porque las EPS rechazaban a este tipo de pacientes, argumentando por ejemplo dificultades en el traslado de las historias médicas, la existencia de enfermedades pre-existentes, etc., lo cual generaba mayores dificultades financieras para la sostenibilidad del Instituto (G. M. M. Uribe, 2009).

El presidente del Polo Democrático Alternativo, Carlos Gaviria Díaz³⁸, partido de oposición a los gobiernos de turno, se opuso a la política sistemática para provocar la liquidación del seguro social y la estrategia del marchitamiento. Según el Senador el Estado incumplió en el pago de los aportes que se habían fijado en la ley para financiar el ISS. Al respecto, Gaviria Díaz indicó: *“El aporte estatal definido para el funcionamiento del ISS desde su origen nunca fue pagado: en 2001, el Ministerio de Hacienda y el Sindicato de trabajadores del ISS estimaron la deuda en \$58,8 billones. Así mismo, el sistema de información para identificar con claridad a sus afiliados y recibir las capitaciones correspondientes de la cuenta de compensación del FOSYGA nunca se desarrolló a pesar de haberse asignado presupuesto para dicho fin”* (Gaviria, 2007)

En el 2001, catorce EPS y entidades de medicina prepagada se habían ubicado entre las 300 empresas más grandes de Colombia. Para el 2002, el rango se había ampliado a dieciocho: *“con ventas por más de 4.6 billones de pesos, estas empresas superaron en un 12.84% (en términos reales) las ventas del año 2001”* (Peláez, 2002). El Ministerio de la Protección Social reconocía que las EPS privadas controlaban el 72.6% de los usuarios y tenían el oligopolio en materia de servicios de salud (G. M. M. Uribe, 2009).

³⁸ Abogado de la Universidad de Antioquia y profesor universitario de dicho centro docente. Fue magistrado de la Corte Constitucional entre 1993 y 2001 y senador de la República de 2002 a 2006. Candidato a la presidencia de la república en 2006 por el Polo Democrático.

De acuerdo con la Contraloría General de Medellín que analizó el comportamiento financiero de las EPS desde el año 2000 al 2009, seis administradoras de planes de beneficios lograron posicionarse entre las 100 empresas más grandes de Colombia, entre las que se encuentran Saludcoop, Coomeva, Salud Total, Famisanar, Susalud y EPS Sánitas, quienes concentran un 72% del negocio de la salud. Según el informe:

“La gestión financiera y económica de las empresas del sector salud, que hacen parte de las 100 empresas más grandes del país, arrojan resultados sorprendentes en todos los años de análisis, con crecimiento en ventas (gestión empresarial), activos (fortalecimiento en inversión y mayores ventas aunque a plazos) y patrimonio (inductor en la secuencia de utilidad-rentabilidad-riqueza), es decir, ha crecido la actividad empresarial y sus dueños presentan una mayor participación en la financiación del costo de capital. (Razón deuda y solvencia financiera)” (Contraloría Medellín, 2011, Pág. 267).

Al respecto, concluye el informe de la Contraloría: *“En conclusión, la gestión empresarial del negocio del aseguramiento en salud sin contar además con los consolidados por los negocios asociados, medida como el desempeño financiero en la implementación de las estrategias corporativas en la búsqueda de lograr los objetivos básicos organizacionales de crecimiento, rentabilidad y supervivencia, se ha logrado y con creces, constatado en un permanente crecimiento en ventas en la década 2000-2009, superior a variables macroeconómicas de PIB, tasa de ocupación e inflación”*(Contraloría Medellín, 2011, Pág. 226).

En el crecimiento de las EPS también interviene el derecho útil al capital que permitió la consolidación de estos oligopolios en salud, a través de la figura de la integración vertical. Según la ley 100 de 1993, las EPS tienen a su cargo la entrega de servicios de salud a sus afiliados. Sin embargo, el derecho letrado exige separar las funciones de administración de los recursos con las de

prestación directa de los mismos, como le fue exigido al ISS que monopolizaba en una sola institución ambas funciones. No obstante, las EPS interpretaron el artículo 177 de la ley 100 de 1993 que definió las Entidades Promotoras de Salud, para superar esta barrera que se imponía a sus procesos de acumulación. Dicho artículo dispuso que a las EPS les corresponde entre sus funciones básicas: “[...] *organizar y garantizar, **directa o indirectamente**, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados [...]*” [énfasis nuestro]. A partir de este enunciado normativo las EPS desarrollaron una forma de interpretación para imponer su derecho útil al capital, considerando que la norma las autorizaba para la prestación directa de los servicios de salud, hacia la integración vertical en salud orientada por la captación de rentas rebajando los costos a expensas de la calidad del servicio (Castaño, 2004) Interpretación que fue avalada por la Corte Constitucional (Sentencia C-616/01) al encontrarla amparada en la libertad de empresa y la libre competencia que garantiza la Constitución Política de 1991.

Esta forma de organización le permitía a las EPS reducir costos de operación, anular la competencia, y establecer estrictas formas de contención de costos. Bajo este modelo, el Estado se limitó a garantizar las condiciones para la expansión del mercado a favor de las aseguradoras privadas (Castaño, 2004; J. H. Restrepo, Lopera, & Rodríguez, 2007; G. M. M. Uribe, 2009). La mayoría de las EPS privadas empezaron a construir su propia red de prestadores de servicios de salud conformando un conglomerado de servicios de salud, una forma visible de integración vertical. Pero también se dieron otras formas más sofisticadas de integración vertical, que podríamos llamar como invisible, en tanto que su operación quedaba oculta en relaciones contractuales de exclusividad de servicios de salud para sus afiliados, amparada por el derecho letrado.

3. Las EPS de la teoría a la práctica

El crecimiento de las EPS como negocios rentables contrasta con el modelo del “pluralismo estructurado” y la estructura del sistema, ya que los recursos que recibe la EPS en su totalidad deben estar dirigidos a la financiación de los

servicios de salud exclusivamente, sin que la ley permita la captación de renta para la acumulación de capital. El derecho letrado dispuso un enunciado normativo que no permite márgenes de interpretación sobre este punto. A su vez, tanto los jueces y organismos de control han fijado una interpretación precisa. El artículo 182 de la ley 100 de 1993, que define los ingresos de las EPS estipula que: *“las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*. En términos de propiedad exclusiva y excluyente, son dineros de carácter parafiscal y público para financiar única y exclusivamente los servicios de salud, pero que en las prácticas que pasaremos a describir dicho supuesto queda completamente desvirtuado.

La figura jurídica que da sustento a los recursos económicos para la financiación de la salud es la *parafiscalidad*. La Corte Constitucional ha caracterizado ampliamente este concepto jurídico, estableciendo su definición y alcances. Al respecto ha señalado que:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado”. (Sentencia C-577 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Doctrina reiterada en las Sentencias SU-480 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, entre otras.

Concepto que ha sido ratificado por el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de mayo de 2012 en donde anotó sobre la parafiscalidad que: *“ni del régimen del sistema de seguridad social, ni del régimen legal contable, es posible deducir que un cargo a los recursos parafiscales se pueden o deben contabilizar reservas que*

aumenten el patrimonio, pues ello no encaja en los conceptos de costos por la prestación del servicio de salud en el componente administrativo”.

La Contraloría General de la República, en especial en el periodo de control fiscal de Sandra Morelli Rico³⁹ ha denunciado y adelantado gestiones para llevar hasta las últimas consecuencias el carácter de parafiscalidad de los recursos de la salud. Incluso su interpretación ha sido la más estricta, en tanto el carácter esencial del servicio público de salud. Al respecto señaló que: *“Es claro que no se pueden hacer inversiones en equipos médicos, ni infraestructura, ni pagos de intereses, entre otros con recursos de la UPC, copagos o todos aquellos que conformen parafiscales”* (Morelli, 2012)

Las EPS no pueden controlar el valor de la prima para el cubrimiento de los servicios, denominada UPC, esto es función del Estado. Bajo una prima fijada por los entes reguladores las aseguradoras no compite por su precio y no hay variación en sus ingresos en tanto que la prima es fija y el Estado compensa en caso de recibir un valor menor. Tampoco definen el conjunto de beneficios cubiertos por el seguro, el POS, que también es definido por el Estado. A su vez, en principio no pueden elegir a sus afiliados, ya que el sistema se sustenta en la libertad de elección del usuario entre la pluralidad de empresas aseguradoras en competencia.

Las EPS, a través de su propio derecho útil al capital, van a revertir estos supuestos, en tanto que los mismos representaban una barrera para la acumulación de capital. Por lo tanto, el desarrollo del sistema da cuenta de la forma en cómo las EPS pasaron a controlar el mercado de la salud, a través de diversos mecanismos para interferir la UPC, el POS y a quién afiliar, junto con otras prácticas algunas amparadas por el orden legal del derecho útil al capital, y otras en contra del derecho letrado para imponer sus propias reglas.

³⁹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de posgrado en la Universidad de Bologna en el área de derecho administrativo y ciencia de la administración. Antes de ser Contralora General ha realizado asesorías tanto al sector público como privado.

3.1. El control sobre el plan de beneficios POS

Una forma de contención de costos de las EPS se da a través del POS, que define el conjunto de servicios de salud que debe entregar la EPS a sus usuarios. Según las normas que regulan este aspecto⁴⁰, el POS debía ser actualizado de forma periódica con base en estudios científicos sobre la evolución epidemiológica, la prevalencia de ciertas enfermedades, entre otros aspectos.

El desarrollo del sistema da cuenta de la falta de actualización integral del POS según los criterios definidos en la ley. Como lo logró constatar la Corte Constitucional en su sentencia T-760/08, la inclusión puntual de algunos servicios adicionales al POS no puede ser considerado como una actualización. Al respecto la Corte indicó: *“La realización de cambios puntuales en el POS, si bien es una medida que puede contribuir eventualmente a mejorar la cobertura o la prestación de los servicios de salud dentro del SGSSS, no se corresponde con una actualización, tal y como lo ordena la ley.”* (Sentencia T-760/08)

Sin embargo, la Corte Constitucional no indagó ni logró determinar la razón por la cual tras 18 años de la definición del POS, éste no había sido actualizado. Este proceso es, en principio, una función a cargo del Estado en donde interviene el Ministerio de Salud, la CNSSS, la CRES, y ahora el Ministerio de Salud y Protección Social. Pero ninguna de estas instituciones avanzó en una actualización del plan de beneficios, un elemento medular del sistema, en tanto que determina el conjunto de servicios exigibles a las empresas de aseguramiento privado según la estructura del sistema.

⁴⁰ Según el párrafo 2 del artículo 162 de la ley 100 de 1993: *‘Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema’.*

A pesar de aumentar anualmente el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) de cada uno de los afiliados al sistema de salud, el plan de beneficios fue el mismo durante 18 años, sólo con algunas inclusiones puntuales. El aumento del valor de la UPC no se tradujo en mayores beneficios en materia de cobertura en servicios médicos. El margen de diferencia entre el valor del UPC y el paquete desactualizado de servicios se configuró en una forma de «ganancia legal», en tanto no es función ni responsabilidad de las EPS actualizar dicho paquete ni fijar el valor de UPC. Esto favoreció principalmente a las EPS, ya que la falta de actualización y el aumento de la póliza significaban recibir más recursos con un gasto que fue fijado en el Mapipos, con muy pocas variaciones significativas.

La división clasista del POS carece de estudios técnicos para su diferenciación, su cálculo y con contradicciones desde una perspectiva médica. Al respecto anotó Francisco Yepes, *“los diferentes POS no están fundamentados en criterios explícitos, conocidos y acordados, lo que convierte en listados de poca transparencia y que en ocasiones muestran ausencias de lógica científica (ej. No cobertura de mamografía y biopsia de mama)”* (Yepes et al., 2010, p. 67).

Como lo denunció Francisco Rossi, director de la fundación Ifarma *“el ministro [de salud] Mauricio Santamaría⁴¹ [2011-2012] declaró a un medio de comunicación que un médico amigo suyo le dijo que había unos productos que ya no se usaban y entonces los sacó del POS; menos mal no tenía muchos amigos, porque ser uno amigo del ministro le da espacio para incluir o excluir productos del POS”* (Guzmán, 2012), un elemento si se quiere anecdótico, pero que da cuenta de cómo se concibe desde el aparato estatal y se regula el POS y la definición de sus inclusiones o exclusiones del paquete de beneficios. Tanto la estructura misma del POS privilegia la fragmentación y segmentación de los servicios de salud en razón

⁴¹ Economista de la Universidad de los Andes, con maestría y doctorado en la Universidad de Georgetown, Estados Unidos. Economista senior del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. También ha ocupado varios cargos en el Departamento Nacional de Planeación. Ministro de Salud en el gobierno Santos hasta el 2012, cuando pasó a ocupar la dirección del DNP.

a la lógica de lo costo-lucrativo en la que se sustenta, así como su falta de actualización ha sido útil a la acumulación de las EPS.

Esta fragmentación, así como la forma de estructuración y comprensión del POS abrió espacio a la tesis de las “zonas grises” del POS impulsada por las EPS. Para las aseguradoras el POS, contenido en una norma jurídica, no cumplía con el ideal normativo de plenitud sino que era un texto jurídico plagado de lagunas, vacíos, antinomias y contradicciones, en donde las EPS lograban articular un discurso técnico en materia de medicina costo-lucrativa, con el discurso técnico jurídico del formalismo jurídico. Según esta teoría de las “zonas grises”, ante la incertidumbre de su inclusión de ciertos medicamentos o procedimientos, debía interpretarse que estaba excluido, en aras del equilibrio financiero contractual y del sistema de salud. A partir de la estructuración de las “zonas grises” del POS, las EPS en su interpretación imponían su derecho útil al capital al considerar más servicios como excluidos del POS que no podían ser prestados por exceder sus parámetros contractuales.

La creación de la categoría de "zonas grises" está dado por la imposibilidad de conocer de forma completa, incluso por los mismos funcionarios de las instituciones, los servicios que contempla el POS, que terminó siendo un enigma entre sus sucesivas reglamentaciones, modificaciones, adiciones y eliminaciones. La interpretación de las zonas grises abrió un espacio para que las EPS decidieran que quedaban excluidos todos aquellos servicios que eran necesarios y requeridos para poder prestar los servicios ya incluidos en el POS. Esto estaba generando una transmutación del concepto POS como había sido definido en la ley 100. La traducción de las EPS sobre la confusión del POS fue imponer una interpretación a favor del derecho útil al capital. Esta consistió en que la naturaleza del POS que la letra de la ley definía como un paquete Básico de servicios, pasó a convertirse en un paquete único y máximo, lo que "impedía" a las EPS prestar servicios adicionales no contratados.

A pesar de que en los debates públicos las EPS han insistido que los afiliados estaban demandando servicios no incluidos en la póliza de servicios básicos, la Defensoría del Pueblo logró establecer que el mayor número de negaciones de los servicios de salud por parte de las EPS eran sobre aquellos servicios incluidos en el POS. Es decir que las EPS estaban negando los servicios a los que estaban obligados a cubrir mediante la póliza pagada. La negación de los servicios incluidos dentro del POS da cuenta de dos aspectos fundamentales de la desregulación que impone cargas excesivas sobre el eslabón más débil de la cadena, pues el cliente debe tener pleno conocimiento de lo que está comprando con el seguro de salud. Esto deriva en: 1) El desconocimiento que tienen los ciudadanos de los servicios a los que tienen derecho como afiliados al sistema de salud, el cual está relacionado con la «opacidad del derecho» (Cárcova, 1998, pp. 23-46), que está sustentado en elementos técnicos complejos, sustanciales a la ciudad letrada, en tanto se trata de construcciones sofisticadas de dispositivos letrados para que no sean conocidos y comprendidos; y 2) El uso a favor de las aseguradoras de dicho desconocimiento por parte de los usuarios de los servicios que incluye la póliza de salud que se explicita en la estrategia de contención de costos de las EPS que imponen su propio derecho útil al capital, al adoptar como política sistemática la negación de los servicios de salud, lo cual se traducía en una reducción de sus gastos y aumentar la acumulación del valor de la UPC.

Desde el primer informe de la Defensoría del Pueblo ya se cuestionaba la práctica sistemática de negación de los servicios de salud incluidos en el POS. En este informe la Defensoría analizó la evolución de las tutelas en salud en el periodo 1999-2003 y planteó los siguientes interrogantes: “*¿Cuál habría sido la suerte de los cerca de 87.300 ciudadanos a quienes se negó arbitrariamente el contenido del POS, al que tenían legítimo derecho, si no hubiera existido el mecanismo de la tutela? ¿Quién pondera los riesgos vitales a que pudo haberse expuesto injustamente a esa población?*”(Defensoría del Pueblo, 2004, p. 39).

En el informe del 2003-2005 se confirma la tendencia a la negación del POS, identificando como las EPS imponían una interpretación para favorecer su derecho útil al capital, que no fue corregida por las entidades de control y regulación, ante la falta de voluntad política. Al respecto concluye el informe: *“El 56,4% de las solicitudes de tutelas en salud contra las entidades de aseguramiento corresponde a contenidos del POS, debido en gran parte al permisivo margen de interpretación que, de mediar voluntad, habría podido desaparecer con una juiciosa reglamentación del Mapipos”* (Defensoría del Pueblo, 2007b, p. 50).

En el periodo 2006-2008 la Defensoría del Pueblo volvió a confirmar la misma tendencia: *“El 53.4% de las solicitudes incluidas en las tutelas se refieren a servicios que se encuentran en el POS, de las cuales el 85.5% corresponde al régimen contributivo”* (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 55). Para el informe del año 2009 la tendencia fue hacia el incremento de la negación de los servicios POS: *“El 68,2% de las solicitudes en las tutelas se encuentra incluidos dentro del POS”*. En el año 2010 se mantiene la tendencia alta de la negación del POS: *“El 65,4% de las solicitudes en las tutelas se encuentra incluido dentro del POS”* (Defensoría del Pueblo, 2011, p. 69). Para el 2011 la tendencia aumenta respecto al año anterior: *“El 67,81% de las solicitudes en las tutelas en salud se encuentra incluido dentro del POS”* (Defensoría del Pueblo, 2012, p. 147).

El más reciente informe de la Defensoría del Pueblo que analizó la evolución de la tutela en salud para el año 2012 devela el agravamiento sobre la negación de los servicios POS en sus conclusiones. ***“El porcentaje de las solicitudes POS durante 2012 fue el más alto de los últimos 10 años. El 70,93% de solicitudes de las tutelas en salud está incluido en el POS y es el régimen subsidiado el que presenta el mayor número de ellas (75,59%). La unificación del POS ocurrida a partir de julio de 2012, aumentó las solicitudes POS del régimen subsidiado. Teniendo en cuenta todas las solicitudes dentro del SGSSS (régimenes contributivo y subsidiado), el 94,47% de las citas médicas especializadas se encuentran en el POS, seguida de los exámenes paraclínicos (92,07%), imágenes***

diagnósticas (87,82%), tratamientos (85,30%), cirugías (80,33%), procedimientos (72,66%), medicamentos (35,41%) y prótesis, ortesis e insumos médicos con el 21,67% [Énfasis nuestro] (Defensoría del Pueblo, 2013, pp. 239-240).

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) (Superintendencia de Industria y Comercio, 30 de agosto de 2011) en una extensa investigación desde el año 2009, indagó por las prácticas restrictivas de la competencia entre 14 EPS del régimen contributivo y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI. En su informe la SIC logró establecer que las EPS transgredieron las disposiciones normativas de la ley 155 de 1959 y los decretos que la desarrollan sobre prácticas restrictivas de la competencia. Por lo tanto, la SIC concluyó que se había constituido un “cartel” de la salud.

Este cartel de la salud se encargó de elaborar un consenso entre las aseguradoras para definir qué servicios de salud debían ser prestados a sus afiliados. Las EPS argumentaron en su defensa la persistencia de las “zonas grises” del POS y sus acuerdos eran pautas de interpretación que no afectaban la competencia.

En este sentido, la SIC constató que si bien en principio las EPS no tienen control para definir el conjunto de beneficios a que tiene derechos sus afiliados, a través de esta serie de prácticas lograron consolidar prácticas fraudulentas para tener un control indirecto no sólo sobre el Gobierno y las instituciones reguladoras para la no actualización del POS, sino también imponiendo sus propias reglas hacia una definición de un conjunto de beneficios ajustados para ampliar sus márgenes de ganancia.

En cumplimiento de la orden general de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional relacionadas con la actualización y unificación del POS, el gobierno y sus instituciones especializadas la CRES y el Ministerio de Salud y Seguridad Social realizaron la unificación del POS en 2011 para los mayores de 60 años y en

2012 para niños de 0 a 12 años, que luego por orden de la Corte se amplió hasta los 18 años, y al finalizar el año 2013 la unificación sería para todos los usuarios del sistema. Si bien este proceso puede generar algunos beneficios para los usuarios del sistema, la práctica de las EPS ha sido la negación precisamente de los servicios que están incluidos dentro del POS, por lo que dichas medidas podrían ser otra configuración del derecho letrado, pero que no modifica las prácticas depredadoras de las EPS que niegan todos los servicios de forma indiscriminada.

3.2. La definición de la prima para cubrir los servicios de salud. La Unidad de Pago por Capitación Política

La Federación Médica Colombiana a través del Observatorio del Medicamento OBSERVAMED ha analizado con profundidad la información que presentan las EPS a los entes reguladores del sistema. En especial, han estudiado la información reportada sobre los recobros al Estado por medicamentos por fuera del contrato de aseguramiento. En dichos análisis el OBSERVAMED ha logrado establecer que la información reportada por las EPS está plagada de registros duplicados, inconsistencias en la información, falsos reportes entre otros problemas de información.

Estos problemas en el sistema de información van a impactar directamente en el esquema de financiación del sistema de salud, ya que es a partir de esa información se fija el monto de la prima para cubrir el aseguramiento en salud. La CRES encargó al Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID de la Universidad Nacional realizar un estudio para la definición del valor de la UPC para el año 2011. Según este estudio, para el año 2008 y 2009 las EPS inflaron el gasto en salud en un 24%. A pesar de alertar al gobierno sobre este hecho, la CRES, precedida por el ministro de salud, Mauricio Santamaria, ordenó el incremento de la UPC para el año 2012, sin contar con la información técnica y científica para decretar un alza de la UPC. A pesar de los importantes hallazgos

de dicho estudio, el ministro Santamaría ha mantenido la confidencialidad del estudio, lo que no ha permitido un conocimiento público, ni tampoco que la Universidad Nacional pueda expandirlo y defenderlo antes los ataques que ha recibido, en especial de las EPS, y los Congresistas defensores del modelo, como lo explicó el senador Robledo en un debate de control político al ministro de salud (J. E. Robledo, 2011).

La investigación de la SIC logró establecer que: *“las mallas validadoras, filtros y los diferentes mecanismos de verificación utilizados por los entes reguladores del SGSSS son insuficientes para confirmar la veracidad de la información reportada por las EPS-C agremiadas en ACEMI, más aún cuando se probó que existe un acuerdo entre las mismas para ocultar y falsear la información que se remite a estos entes, impidiendo la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud”* (Superintendencia de Industria y Comercio, 30 de agosto de 2011)

Por otra parte, la SIC comprobó que las EPS manipulaban la información con el fin de lograr un control indirecto en la definición de la UPC: *“Es cierto que las EPS no son competentes para fijar el valor de la UPC, por cuanto esta función se encuentra en cabeza de la CRES, sin embargo, los estudios técnicos desarrollados por el MPS, el Ministerio de Hacienda y la CRES, con el propósito de calcular la suficiencia POS/UPC tienen como fuente primaria la información remitida por las EPS-C agremiadas en ACEMI, la cual ha sido revisada y ajustada como consecuencia del consenso fijando así indirectamente el valor de la UPC”* (Superintendencia de Industria y Comercio, 30 de agosto de 2011)

Según el estudio de Francisco Yepes Luján sobre los análisis del financiamiento del sistema de salud, el valor de la UPC no ha expresado el costo real del POS. En este sentido concluye que la UPC representa un valor político, que no refleja el costo económico de los servicios de salud, sino el grado de influencia política de las EPS en definir la prima de los servicios de salud (Yepes et al., 2010, p. 67).

En este mismo sentido, la Contralora General de la República, Sandra Morelli Rico, ha denunciado la existencia de una suerte de «UPC política» que no tiene soporte en información verificable, ya que esta viene siendo manipulada por las aseguradoras. El 31 de mayo de 2013 la Contralora General de la República emitió un control de advertencia dirigido al ministro de salud, Alejandro Gaviria⁴², el ministro de hacienda, Mauricio Cárdenas⁴³ y el director del departamento nacional de planeación, Mauricio Santamaria. En su decisión, la Contralora reseñó las diversas investigaciones en donde los entes de control han evidenciado las falencias del sistema de información con los que cuenta el Estado para regular el sistema de salud.

Dado que la Corte Constitucional dictó una serie de órdenes generales como la unificación del POS, que requiere a su vez fijar la prima de servicios con que van a ser financiados, la Contraloría General de la República alertó a las entidades reguladoras que si se llegase a utilizar *“información inadecuada, falsa, inexacta o fraudulenta como sustento para fijar nuevos montos de la UPC o para equiparar los regímenes subsidiado y contributivo, destinados a reconocer la remuneración de los aseguradores o prestadores de los servicios de salud de las distintas poblaciones [...] puede acarrear un detrimento al patrimonio público superior al que ya se viene dando”*. Así mismo, la Contralora en entrevistas a la prensa ha concluido que el valor de la UPC está sobredimensionado y por lo tanto no refleja el costo real del POS.

3.3. El control sobre la afiliación

El modelo de la ley 100 de 1993 en materia de afiliación presenta una profunda contradicción con la teoría neoliberal en la que aparentemente se inspira el

⁴² Ingeniero Civil de la Escuela de Ingeniería de Antioquia, con master en economía de la Universidad de los Andes y Doctor en economía de la Universidad de California. Miembro de la Junta Directiva de Bancolombia e ISAGEN. Antes de ser Ministro de salud se desempeñaba como decano de la facultad de economía de la Universidad de los Andes.

⁴³ Economista con magister en economía de la Universidad de los Andes. Doctor en Economía de la Universidad de Berkeley, Estados Unidos. Profesor en la Universidad de los Andes, ha ocupado diversos cargos en el sector público y privado.

modelo de salud colombiano, al negar el principio de libertad. Según el artículo 153 de la ley 100 es obligación de todos los habitantes de Colombia afiliarse al sistema de salud. Es decir que el principio de libertad de elección que consagra el modelo, sólo se realiza a través del mercado de la salud, ya que la libertad de elección no permite elegir si se afilia o no al sistema.

La Constitución le encarga al Estado la obligación de asegurar la universalidad de la afiliación. Para ello, el Estado se ocupó de crear un mercado para el aseguramiento en salud, a partir de las EPS. Este mercado supone la competencia entre las aseguradoras. Entre mayor número de afiliaciones tenga una EPS mayor será el número de UPC que recibirá por cada afiliado, incentivo que ha generado diversas prácticas en contra de la ley, para aumentar la afiliación y así aumentar los recursos que reciben del Estado las EPS.

La Contraloría General de la Nación ha denunciado importantes inconsistencias de la información y varios fraudes al sistema por parte de las EPS. Por ejemplo, el pago de la UPC a las EPS por 89.000 afiliados que están muertos genera un detrimento patrimonial del orden de 50.000 millones de pesos anuales, que ha sido la “debilidad histórica” del sistema al carecer de sistemas de información y los existentes dependen de las EPS. También ha denunciado irregularidades en fallas de ortografía, incongruencias en los números de identificación, cambio de letras, o ausencias de ellas que han sido utilizadas para inflar las cifras de afiliación (Portafolio.co, 2013). El Ministerio de Salud ha justificado estos errores en las fallencias del BDUA (Base Única de Datos de Afiliados al Sistema) y el Registro Único de Afiliados al Sistema de la Protección Social (Ruaf) (La opinión, 2011).

Otra de las irregularidades identificadas por la Contraloría General de la Nación es el registro doble en las bases de datos, es decir que los afiliados se encuentran en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, razón por la cual cada aseguradora recibe el valor de UPC pero no presta los servicios a los usuarios. Aquellas personas que se encuentren en la calidad de doble afiliación deben

resolver su situación para poder recibir los servicios, pero la práctica realizada por las EPS es negar los servicios por doble afiliación pero cobrar los valores asignados para la UPC.

Finalmente la Contraloría en materia de afiliación halló que en las bases de datos se encontraban registradas personas vinculadas como beneficiarios que no lograron ser identificadas por el cotizante principal. De esta forma para el año 2011 se identificaron 272.000 casos y para el 2013 189.000. Es importante resalta que estas cifra son de los casos que lograron ser rastreados por la Contraloría pero el informe presentado hace énfasis en la posibilidad de que el número de casos sea mayor.

Las EPS también han desplegado estrategias para escoger a sus afiliados. Para las aseguradoras privadas es más rentable afiliar a población joven con núcleos familiares pequeños que demandan pocos servicios de salud. Rechazando a la población mayor, o aquellas con enfermedades denominadas de “alto costo”. La población rechazada por las aseguradoras ha tenido que ser afiliadas a las EPS públicas, lo que ha generado una descompensación del financiamiento, dado que estos pacientes demandan un gasto mayor de la UPC.

3.4. Las maniobras contables de las EPS

El derecho útil al capital de las EPS se manifiesta también en las maniobras contables que han impulsado para la contención de costos y desnaturalizar el carácter parafiscal de los recursos de la salud.

Según Germán Fernández de la Federación Médica Colombiana, las EPS han llevado a cabo una serie de maniobras y artificios financieros y contables para su acumulación y apropiación de los recursos dirigidos a la financiación de los servicios de salud. Según la Constitución de 1991 y las normas sobre seguridad social en salud los recursos fiscales y parafiscales son recursos públicos con

destinación específica al financiamiento de los servicios público de salud. Según la Contraloría General de la República los recursos parafiscales no se pueden predicar un derecho de propiedad privada, ya que nadie puede tener libre disposición sobre los mismos, y su destinación es específica a la finalidad señalada por la ley.

No obstante, Germán Fernández ha logrado constatar que las EPS integran los recursos públicos que reciben por concepto de la UPC, así como los recursos que reciben destinados a los programas de promoción y prevención de la salud en un registro conjunto como si se trataran de ingresos activos de la EPS. Según Fernández desde la contabilidad de las EPS aparecen reflejados los recursos de la salud en una bolsa general, a partir de la cual se imputan todos los gastos de la aseguradora. En este sentido, las EPS en su contabilidad imputan no sólo los gastos de administración que reconoce la ley, además de la prestación del servicio, sino que además con dichos recursos se cubren una serie de gastos no relacionados directamente a los autorizados por la ley, esto es, sin relación directa con la prestación de los servicios de salud, destinación específica de dichos recursos.

Por otra parte este esquema de contabilidad permite a las EPS eludir obligaciones fiscales que deben pagar sobre sus recursos patrimoniales. Esta modalidad exime de forma artificiosa del pago del Impuesto de Valor Agregado IVA; impuestos conexos y el gravamen a los movimientos financieros. Este accionar de las EPS ha contado con el consentimiento de los entes reguladores y fiscalizadores a través de formas legales permisivas a estas prácticas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. Al respecto indicó Fernández que desde formas útiles al capital como la resolución 4361 del 30 de diciembre de 2011 de la Superintendencia Nacional de Salud se autorizan estas formas contables.

Según Germán Fernández, con cargo a la UPC las EPS cubrían gastos como los siguientes:

“Gastos de publicidad y promoción de la razón social de la EPS

Gastos a numerosos abogados y bufetes para atender las reclamaciones de los derechos negados a los afiliados

Gastos de tipo administrativo, comercial y penal de los ejecutivos de las EPS

Gastos de los bienes muebles e inmuebles

Gastos de representación y viajes de los ejecutivos

Gastos para estímulos y bonificaciones como congresos, seminarios, cruceros,

Gastos en la infraestructura empresarial

Gastos en inversiones inmobiliarias diferentes al sector salud como urbanizaciones, instalaciones empresariales, sedes administrativas, deportivas y hoteleras

Exportaciones e inversiones en el extranjero

Pagos en sanciones y multas por infraestructura al sistema

Gasto para tener representación en el Congreso de la Republica

Gastos en campañas políticas locales, regionales y nacionales,

Subsidios y promociones a equipos de futbol y otros eventos deportivos

Pagos para financiar estructuras gremiales como ACEMI y GESTARSALUD, entre otros” (G. Fernández, 2010)

La ausencia de los procesos contables de las EPS ha generado una compleja situación sobre la vigilancia y control sobre dichas entidades por parte de la Superintendencia de Salud. Según el informe que entregó dicha entidad al Congreso de la República en el segundo semestre del 2013 existen importantes desfases entre los ingresos, costos y gastos de las EPS en ambos regímenes. Tampoco es posible determinar con exactitud los estados financieros de las EPS que aseguren el acceso a la prestación de los servicios de salud a sus afiliados. Del informe presentado por la Superintendencia se desprende que: *“el 61% de las EPS no tienen recursos líquidos para funcionar. Adicionalmente, según el informe de solvencia presentado, 44 de las 72 EPS registran un margen de solvencia*

negativo y no cuentan con la capacidad financiera y los requisitos previstos en la ley para operar como EPS” (Citado por Beltrán, 2012, pp. 18-21).

El derecho letrado dispuesto en los decretos 1921 de 2013, 4789 de 2009, 1698 de 2007 y 574 de 2007 obliga a las EPS a mantener un patrimonio técnico superior al margen de solvencia, el establecimiento de reservas técnicas, y el conjunto de reglas de habilitación financiera para la entrada y permanencia de las EPS. Sin embargo, el derecho practicado por las EPS han superado las barreras que esta regulación les impone, por lo que en su mayoría las EPS no cumplen con los requisitos que se exigen para su funcionamiento, o a través de diversas maniobras manipulan la información que entregan a la Superintendencia de Salud, pero que en la práctica no cumplen con la exigencia del derecho letrado. La Superintendencia Nacional de Salud tampoco ha adoptado medidas para su intervención, o liquidación, en un proceso de incertidumbre al no conocerse el estado real de las finanzas de las EPS, sus deudas por pagar, y el destino final de los recursos de la salud.

3.5. El costo de la intermediación financiera en salud: las utilidades de las EPS

El costo de la intermediación financiera de las EPS es un aspecto oscuro del sistema de salud. La ley 100 de 1993 no reguló la materia. Dentro de la amplia regulación del sistema de salud no existe una disposición normativa que establezca cuál es el monto autorizado a las EPS para cobrar como gastos de administración. Tampoco en la extensa reglamentación del Ministerio de Salud y los demás entes reguladores aparece un dispositivo jurídico que establezca cuál es el porcentaje que cobran las EPS por sus funciones.

A su vez, las maniobras contables de las EPS tampoco permite definir con exactitud cuál es dicho monto, dado que no hay diferenciación entre los recursos

pertencientes al sistema de salud, de aquellos correspondientes al patrimonio privado de las aseguradoras.

De forma indirecta, el porcentaje del monto de ganancia de las EPS quedaba en evidencia con la regulación que imponía la ley 788 de 2002 *“Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”*. En el artículo 111 establecía una exclusión de la base gravable del impuesto de industria y comercio a las EPS, el cual sería destinado específica y obligatoriamente a la prestación de los servicios de salud. El porcentaje fijado por la ley era del 80% para el régimen contributivo y el 85% para el régimen subsidiado. En consecuencia, el costo de la intermediación financiera en salud sería de un 20% para el régimen contributivo, y del 15% para el régimen subsidiado.

La norma fue demandada ante la Corte Constitucional, objeto de análisis de la sentencia C-1040/03. La demanda de inconstitucionalidad argumentó que la Constitución no establece una gradualidad sobre los recursos parafiscales de salud, por lo tanto no discrimina porcentajes de administración como lo hace la norma. En consecuencia, la totalidad de la UPC debe ser destinada a la financiación de los servicios de salud, una demanda que beneficiaba a las EPS y que contradecía el derecho practicado, ya que las EPS no son rigurosas en su contabilidad. En las intervenciones del Ministerio de Salud y de Hacienda se solicitó declarar la constitucionalidad de la norma demandada, afirmando que la totalidad de la UPC no está destinada a la prestación de los servicios de salud, sino que existen porcentajes de administración y la legítima ganancia de las EPS. Finalmente la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma, al considerar que todos los recursos que integran la UPC son parafiscales, y por lo tanto no pueden ser objeto de ningún gravamen, que en aras de salvaguardar el carácter parafiscal de los servicios de salud, terminó favoreciendo a las EPS y sus estrategias de captación de rentas del sistema para la acumulación de capital.

Lo anterior coincide con algunas cifras estimativas que afirman que el costo de la intermediación financiera de las EPS es similar al de Estados Unidos. Dicho valor oscila entre un 16% hasta un 24%. Lo cual contrasta con el costo de administración de otros sistemas como el de Alemania estimado en un 7% y Holanda que oscila entre el 9% y el 11% (Echeverri, 2008).

El artículo 23 de la ley 1438 de 2011 es la primera regulación sobre la materia. La norma dispuso que le corresponde al gobierno fijar un porcentaje por gastos de administración de las EPS. Para fijar dicho monto deberá tener en cuenta los criterios de eficiencia, estudios actuariales, financieros y criterios técnicos. Además impone un porcentaje máximo para dichos gastos, del 10% de la UPC para el régimen contributivo y del 8% para el subsidiado. Se impuso un límite temporal al gobierno para reglamentar la materia dentro de los 6 meses posteriores a su promulgación, para que dicho porcentaje empezara a regir a partir del 1 de enero de 2013.

El 18 de febrero de 2011 el Ministerio de Salud y Protección Social emitió un cronograma para la reglamentación de la ley 1438 de 2011, donde se incluye este aspecto de los gastos de administración. Según dicho cronograma la reglamentación es responsabilidad del Gobierno Nacional y debía estar listo para julio de 2011. Sin embargo, hasta el momento no se ha producido la reglamentación de los gastos de administración de las EPS.

4. El control extremo de costos. Las relaciones EPS – IPS

La integración vertical de las EPS les permite un amplio margen de maniobrabilidad y de creación e imposición de su derecho útil al capital, con el fin de generar mayor acumulación ante el menor gasto en la prestación de los servicios de salud.

Bajo el nuevo esquema, todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) depende de su nivel de facturación, para garantizar el costo de su operación, gastos laborales, servicios públicos, insumos, etc., y además obtener alguna ganancia. Las IPS deben desarrollar una serie de mecanismos administrativos y financieros que les permita un manejo de la facturación de los servicios prestados, que van a ser el soporte en los procesos contractuales de compraventa de servicios de salud.

Esta dependencia de los ingresos de la facturación, en teoría debería generar una competencia y una regulación de los precios por obra de la “mano invisible del mercado”. Sin embargo, en lugares apartados donde la competencia es muy reducida, se evidencia una “guerra del centavo” entre las IPS reduciendo al máximo sus tarifas para lograr obtener un contrato con una EPS, ARS, o un ente territorial, a costas de la reducción de la calidad de los servicios (Molina & Cáceres, 2011, p. 62).

Esta reducción de las tarifas para aumentar la facturación es una estrategia de las IPS para la contención de costos, pero que no asumen de forma individual. Estos son trasladados, por ejemplo, a los trabajadores de la salud que afectaban directamente sus condiciones laborales, por reducciones salariales, inestabilidad, no pago de prestaciones sociales, falta de procesos de capacitación, incluso al punto de trasladar directamente las pérdidas económicas al trabajador que no son pagadas por el comprador de los servicios (Molina & Cáceres, 2011, pp. 170-171).

La reducción de las tarifas es directamente proporcional a la calidad de la prestación de los servicios, con el fin de no sacrificar los recursos que recibe la IPS por sus contratos. Otras estrategias comunes es el aumento de la productividad, para lo cual se limitan los tiempos de consulta, y el constreñimiento sobre el personal médico para que aumente los niveles de facturación y así la productividad de la IPS (Molina & Cáceres, 2011, pp. 174-176). También se exige a los médicos tratantes a que su formulación se ajuste a los parámetros del POS,

así el diagnóstico del paciente indique la necesidad de prácticas exámenes o procedimientos no contemplados en el plan de beneficios.

El aumento de la productividad también está mediado por el aumento de la venta de servicios de alto costo, especialmente los servicios de tercero y cuarto nivel en donde las IPS y las EPS se concentran en la prestación de dichos servicios, por su alto valor en el mercado que generar un mayor margen de ganancia (Molina & Cáceres, 2011, p. 174).

Una de las mayores tensiones entre las EPS y las IPS es el proceso de facturación y las modalidades de contratación. A través de diversas modalidades de contratos, las EPS hacen uso del derecho útil al capital para lograr el mayor beneficio en la compra de servicios a las IPS. La modalidad contractual de pago por capitación consiste en que la EPS entrega una suma determinada de dinero a la IPS para cubrir las atenciones de los pacientes por un espacio temporal de un año, dinero con el cual la IPS debe cubrir las necesidades de salud de pacientes. Esta forma contractual le permite a la EPS trasladar a la IPS las funciones de administración de los recursos de salud, que pone de manifiesto su simple función de intermediación financiera.

Además, esta modalidad contractual opera bajo un incentivo perverso. La IPS aspira atender el menor número de pacientes, pues de esta forma tendrá mayor rentabilidad sobre la transferencia de la EPS. Por su parte, la EPS transfiere un valor inferior al 100% de los servicios, con la misma aspiración de que no todos sus afiliados acudan al hospital a demandar servicios de salud. Cuando más pacientes acuden, la IPS debe comprometer sus finanzas para la atención, por ello siempre tratarán de atender al menor número y al menor costo, lo cual afecta de forma grave la calidad del servicio (Molina & Cáceres, 2011, p. 175).

La otra modalidad es el pago por servicio prestado. Aquí también opera un incentivo perverso. La IPS intentará facturar el mayor número de servicios

posibles, ya que de ello depende la sostenibilidad financiera de su negocio. En cambio, la EPS intentará pagar el menor número de servicios de salud, pues de esta forma gasta menos y aumenta su margen de ganancia. Aquí opera el mecanismo útil al capital de las EPS, las glosas. A través de este dispositivo se genera un complejo proceso de reclamos contractuales entre las EPS y las IPS. Las EPS “glosan” la facturación de las IPS por no estar incluido dentro del POS, por ser una zona gris, y otras justificaciones que les permite la flexibilidad del derecho útil al capital.

Juan Carlos Giraldo, director de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC) presentó un estudio sobre las deudas acumuladas con las clínicas y hospitales con corte a junio 30 de 2013. Según el estudio las EPS de ambos regímenes, junto con los entes territoriales, el Fosyga y otras entidades estatales adeudan un total de \$4.9 billones de pesos a las IPS por concepto de prestación de servicios de salud, de la cual el 59,2% es cartera morosa es superior a 60 días. Según Giraldo los resultados del estudio refirman que la crisis hospitalaria no ha sido superada, y que las medidas adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social son insuficientes y marginales ante el tamaño de la deuda acumulada (El Pulso, 2014).

5. Los itinerarios burocráticos de la salud

Otra forma de contención de costos son las complejas burocracias y diversas barreras que se imponen a los usuarios del sistema de salud. Este proceso fue descrito por César Abadía y Diana Goretty Oviedo (2009) a través de las experiencias de vida de las personas en el sistema de salud. Para los autores las experiencias de vida reflejan el significado de la negación de los servicios de salud, avanzando en considerar tanto las subjetividades como las dimensiones estructurales del sufrimiento y la enfermedad (Abadía & Oviedo, 2009).

Según Abadía y Oviedo el desarrollo del sistema de salud se contrapone a los itinerarios terapéuticos que ha descrito la antropología médica de la satisfacción de creencias de curación de los pacientes. El sistema de salud se estructura a partir de:

*“demandas obligatorias administrativas, financieras y jurídicas que se imponen en los pacientes para acceder a los servicios o recibir una atención adecuada. Proponemos llamar a estos recorridos **Itinerarios Burocráticos del Sistema de Salud**, los cuales se componen de las luchas por el acceso a la atención en salud por parte de las/os ciudadanos, las fallas estructurales del funcionamiento del sistema, y las consecuencias perjudiciales en la vida de las personas” [Énfasis nuestro] (Abadía & Oviedo, 2009, p. 13).*

El sistema de salud, comprendido desde la óptica de los itinerarios burocráticos nos permite examinar que la infinidad de procedimientos y la “tramitología” en que se ha desarrollado el sistema, amparadas por las formas jurídicas útiles al capital, hacen parte de las estrategias que las aseguradoras utilizan para sus beneficio, en tanto que les permite reducir sus gastos en salud, o retardar su prestación, lo que a su vez conlleva un desmejoramiento de las condiciones de vida de los pacientes y su red de apoyo, que como lo describe el estudio, pueden generar agravamiento en el diagnóstico de los pacientes, incapacidades permanentes e incluso la muerte.

Los itinerarios burocráticos de la salud abarcan el amplio espectro del sistema, que pasan desde el control del personal de seguridad en la EPS o la IPS, pasando por los tiempos de espera para las citas médicas generales y de especialistas hasta las autorizaciones de procedimientos y solicitud de medicamentos, entre otros aspectos relacionados con el acceso efectivo a los servicios de salud, y la demanda ante los jueces constitucionales por la defensa del derecho a la salud (Abadía & Oviedo, 2009).

Los itinerarios burocráticos se manifiestan con fuerza en las barreras económicas que impone el sistema para el acceso a los servicios de salud, definidos como copagos y cuotas moderadoras. En principio, dichos pagos estaban dirigidos a la racionalización del uso de los servicios de salud. Según la teoría de la elección racional, si una persona tiene un seguro, intentará usarlo tantas veces pueda para obtener el mayor provecho de la prima que paga por dicho servicio. Pero los copagos y las cuotas moderadoras terminaron constituyendo una barrera de acceso al servicio, y en cambio de racionalizar el uso de los servicios de salud, terminó favoreciendo a las EPS, que les generaba una fuente adicional de recursos económicos.

La estructura administrativa geográfica es otra barrera de acceso, en donde también operan los itinerarios burocráticos. Por ejemplo, en la ciudad de Bogotá, la integración vertical ha generado que las EPS y sus IPS estén ubicadas al norte de la ciudad, en donde las personas pobres que residen en la periferia y las zonas marginadas están obligadas a realizar largos desplazamientos con el fin de obtener autorizaciones, medicamentos, insumos, etc.

En el resto del país la situación es aún más compleja, ya que la EPS contrata los servicios con la IPS con mejores condiciones económicas contractuales, que no siempre están ubicadas en lugares apartados y de difícil acceso, por lo tanto, para las EPS y las IPS les resulta más rentable la menor demanda de servicios de salud que impone las distancias geográficas, por lo que son menos recursos que se gastan en los servicios de salud.

Otras barreras de acceso son las socio-culturales, en donde el reconocimiento de las diferencias plasmadas en la Constitución de 1991 son borradas en el sistema de salud. La estructura del sistema y sus itinerarios burocráticos no se ocupa de las diferencias culturales y sociales de la diversidad de poblaciones, grupos y comunidad en Colombia que tienen una concepción distinta frente a su comprensión de salud y enfermedad, su propia medicina, diversas formas de

curación y otra concepción del mismo derecho a la salud. El sistema de salud reproduce la visión hegemónica de “blanqueamiento” en donde el sistema de salud reproduce el modelo de curación occidental.

Las diversas reivindicaciones en especial de las comunidades indígenas generaron un proceso legislativo que plasmó un aparente reconocimiento intercultural en materia de salud. La ley 691 de 2001, *“mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”*. A pesar de la amplitud del título de la ley, su marco de aplicación se reduce a los pueblos indígenas como se deriva de su artículo primero que fija su ámbito de aplicación que se limita a esta población, y no incluye las otras formas étnicas, culturales diversas y diferenciadas que no se agotan en dichas comunidades⁴⁴.

La citada ley se encargó de regular diversos aspectos tales como las formas de vinculación, régimen de beneficios, financiación, administración del subsidios, afiliación y movilidad del sistema, participación en los órganos del sistema, entre otros aspectos. Pero la letra de la ley no da cuenta de un reconocimiento y respeto por las diferencias, sino una forma particular de multiculturalismo (pos)neoliberal, en donde el reconocimiento del otro se da a partir de su inclusión en el mercado, del que ha quedado históricamente marginado, pero que ahora las nuevas normas les permiten someterse a la lógicas del mercado y las leyes de la competencia. En este sentido, la ley autoriza la creación de las Empresas Promotoras de Salud indígenas (EPSI), así como las Aseguradoras del Régimen Subsidiado indígenas (ARSI). Al respecto, sobre esta forma de reconocimiento y la inclusión del Otro en el sistema de salud, resultan esclarecedoras los análisis de Slavoj Žižek sobre el multiculturalismo:

⁴⁴Artículo 1°. Aplicación. La presente ley reglamenta y garantiza el derecho de acceso y la participación de los **Pueblos indígenas** en los Servicios de Salud, en condiciones dignas y apropiadas, observando el debido respeto y protección a la diversidad étnica y cultural de la nación. En alcance de su aplicación, reglamenta la forma de operación, financiamiento y control del Sistema de Seguridad Social en Salud, aplicable a los **Pueblos indígenas** de Colombia, entendiendo por tales la definición dada en el artículo 1° de la Ley 21 de 1991.

*“(...) la problemática del multiculturalismo que se impone hoy –la coexistencia híbrida de mundos culturalmente diversos– es el modo en que se manifiesta la problemática opuesta: **la presencia masiva del capitalismo como sistema universal**. Dicha problemática multiculturalista da testimonio de la **homogenización sin precedentes del mundo contemporáneo**. Es como si, dado que el horizonte de la imaginación social ya no nos permite considerar la idea de una eventual caída del capitalismo, la energía crítica hubiera encontrado una válvula de escape en la pelea de las diferencias culturales que dejan intacta la homogeneidad básica del sistema capitalista mundial. Entonces, nuestras batallas electrónicas giran sobre los derechos de las minorías étnicas, los gays y las lesbianas, los diferentes estilos de vida y otras cuestiones de ese tipo, mientras el capitalismo continúa su marcha triunfal [Énfasis nuestro] (Citado por C. R. Vega, 2011a, p. 13)*

6. El flujo de recursos en el sistema: el saqueo de los captadores de renta del sistema

David Harvey (2012) explica que los flujos del capital son comparables con el corriente sanguíneo. En ambos casos es necesario su circulación constante y sin interrupciones, pues cuando se obstaculiza se producen crisis económicas de sobreacumulación de capital (Harvey, 2012, pp. 5-6).

El debate sobre el sistema de salud se ha ocupado con detalle del problema del flujo de los recursos, que representa ese fluido vital que permite el desarrollo del sistema de salud. En este punto todos los actores del sistema implementan estrategias para retener el mayor tiempo posible los recursos, cortar los flujos, ralentizando los procesos de circulación, en aras de lograr acumulaciones hiperacelerada mientras tienen en su poder dichos dinero.

Como se denunció en los debates en el Congreso de la República desde las discusiones de la ley 1122 de 2007 pero también en los actuales procesos de reforma, el gobierno nacional, en especial bajo el mandato de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) utilizó los recursos de la salud para la constitución de CDT, TES y otros títulos financieros para obtener réditos de las amplias sumas del dinero de la salud.

Asimismo, las EPS retienen los recursos que reciben como parte de la cotización acumulando deudas con las IPS con las que contratan sus servicios de salud, que se prolongan en el tiempo por varios meses, o a través de diversas maniobras trasladan los recursos hacia su red de prestadores de servicios, amparadas por la integración vertical. A su vez se presentan casos de EPS que no cumplen con los márgenes de solvencia económica, pero continúan en operación, bajo el consentimiento de la entidad encargada de su vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud. Los entes territoriales detienen el flujo de los recursos de salud, afectando principalmente la red pública hospitalaria, como también lo hacen las EPS del régimen subsidiado.

La Corte Constitucional en la sentencia T-760/08 evidenció que en materia de recobros por concepto de procedimientos por fuera del POS existían importantes dificultades en el flujo de los recursos. Dentro de sus órdenes generales, la Corte ordenó una serie de medidas tendientes a simplificar los trámites y acelerar los procesos de pago de dichos servicios a las EPS, a partir de las acciones de tutela que dichas compañías habían interpuesto. En el balance del cumplimiento de la sentencia, esta ha sido la orden que hasta el momento se ha cumplido a cabalidad, en un periodo corto de tiempo, en donde el Estado ha actuado de manera diligente, y las EPS han hecho un seguimiento detallado para su implementación oportuna.

Por otra parte, la ley 1438 de 2011 adoptó una serie de medidas para mejorar el flujo de recursos y evitar el constate corte y ralentización en su circulación al

interior del sistema hasta su destino final, al prestador directo de los servicios de salud. A través de los giros directos, del Estado paga a la IPS, sin la intermediación de las EPS, una herramienta que permite saltar el paso de los recursos en la intermediación financiera.

Este panorama evidencia como los diversos actores que intervienen en el sistema, desde el Estado hasta las diversas empresas privadas se han encargado de establecer diversas estrategias que les permita captar rentas del sistema de salud para su acumulación. Esta forma de desregulación, entendida como el traslado de los costos y pérdidas al eslabón más débil de la cadena, ha generado que los costos de estas constantes interrupciones y demoras en el flujo de los recursos las deban asumir los pacientes y los trabajadores de la salud.

7. La descentralización: aparatos administrativos para la privatización del Estado

Un proceso transversal a la reforma del sistema de salud es la descentralización en Colombia. La nueva estructura territorial del Estado colombiano se lleva a cabo en diversos campos, entre los que se destacan la descentralización fiscal, política y de servicios. Cada una de estas descentralizaciones interviene en el desarrollo del sistema de salud. Este amplio proceso ha generado una serie de complejas dinámicas en el relacionamiento del nivel central de gobierno con las élites regionales, reconfigurando la estructura de poder territorial del Estado. Se trata de un complejo proceso de profunda transformación del Estado, aún en construcción, que responde tanto a dinámicas locales de la política nacional, así como las órdenes del gobierno imperial de las organizaciones multilaterales y sus planes de ajuste estructural, bajo la ortodoxia del FMI, y luego como consenso (pos)neoliberal, con el liderato del BM y el BID (Dávalos, 2011, pp. 134-142).

La descentralización está directamente relacionada con el movimiento espacial al interior del sistema de salud, que responde a los desarrollos geográficos

desiguales que impone el capital (Harvey, 2007b). Las formas de acumulación no son iguales en Bogotá que en municipios como Quibdó (Chocó) o Soledad (Atlántico), por ejemplo. Las condiciones geográficas pueden permitir una mayor acumulación en salud, ante la dispersión de la población, las dificultades de acceso y su poca demanda de servicios de salud, o no conocimiento de sus derechos y las formas de exigirlos. Según las conclusiones de la Defensoría del Pueblo sobre el uso de la tutela en materia de salud en *“los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca, Caldas, Santander y la ciudad de Bogotá continúan siendo los lugares que concentran el mayor número de tutela en salud”* (Defensoría del Pueblo, 2013), que da cuenta cómo se concentra el uso de los mecanismos jurídicos para la exigibilidad del derecho a la salud, sino también donde se está concentrando su prestación.

Por otra parte, la estructura territorial y fiscal generó que las autoridades departamentales y municipales recibieran una importante cantidad de recursos destinados a la financiación de los servicios de salud. La Superintendencia Nacional de Salud denunció que la mitad de los alcaldes del país (550 de 1075) estaban siendo investigados por utilizar indebidamente los recursos dirigidos a salud, especialmente los del régimen subsidiado. Sin embargo, la Federación de Municipios explicó que no era posible generalizar ante casos aislados de corrupción (G. M. M. Uribe, 2009, pp. 170-178).

Otro efecto del proceso descentralizador es la captura de los recursos de salud por la estructura paramilitar. Según el sindicato de ANTHOC, las aseguradoras del régimen subsidiado (ARS) de la costa Caribe, estuvieron bajo el control del jefe paramilitar “Jorge 40”. Este mismo sindicato estuvo amenazado por las fuerzas paramilitares (Amnistía Internacional, 2007).

Según Francisco Gutiérrez la toma paramilitar del sistema de salud funcionó de la siguiente manera:

“a. Creando cooperativas de salud o ejerciendo presión suficiente (por medio de la violencia y del soborno) sobre las ya existentes, de modo que se sometieran a sus planes;

b. Ya con una ARS de su propiedad, inflaban el número de beneficiarios, apropiándose de elevados subsidios estatales;

c. Exigiendo en ocasiones una renta a los beneficiarios existentes. Podían hacerlo porque, por medio de la coacción, lograban impedir que cualquier otra ARS participara del trato y, (...) el sistema otorgaba incentivos a los hospitales para que no prestaran servicios de salud a las personas pobres que no estuvieran afiliadas a una ARS” (S. F. Gutiérrez, 2009, p. 180)

Siguiendo a Gutiérrez (2009) La entrada del paramilitarismo en el negocio de la salud fue posible a la estructura misma del sistema, lo que le permitió: a) aumentar sus rentas ante el incremento del gasto público en salud, que en comparación con el narcotráfico era mucho mayor; b) no era una actividad delictiva, y contaba con el amparo del Estado; c) estas operaciones contaron con el apoyo de políticos locales y élites regionales, lo que permitió afianzar sus estructuras de poder y de influencia; d) y se convirtió en fuente de legitimidad local, al permitirle crear redes de clientelismo, para que los ciudadanos lograran acceso a los servicios de salud.

8. El poder político de las EPS y las IPS

En el estudio de la crisis económica del año 2008 David Harvey (2012, pp. 47-48) analiza el “nexo Estado-finanzas”, a partir del cual el ascenso de la burguesía y su poder dinerario le permite ejercer una influencia determinante en las instituciones políticas y el aparato militar-administrativo del Estado y además agregaríamos la configuración de normas útiles al capital. En este sentido, el desarrollo del derecho practicado no siempre se configura por fuera del Estado, sino que está en relación con el derecho letrado del cual depende su mejor estrategia y su mayor rentabilidad, por lo que en algunos casos se hace uso de él para la imposición de

sus formas útiles hacia la acumulación. En este punto intervienen diversas formas de gobernanza en donde se alienta la creación de capital y desarrollar los flujos monetarios.

Tanto EPS como IPS han evidenciado un importante crecimiento económico, que les permitió un amplio poder político en las diversas instancias de regulación y control del Estado sobre el sistema de salud. Esto permitió que el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Comisión de Regulación en Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, entre otras, tomaran decisiones que coincidían con los intereses de los sectores privados, los gremios industriales y las organizaciones internacionales, las EPS y las IPS. A continuación analizamos en detalle cómo ha operado el nexo Estado-finanzas en el sistema de salud colombiano.

8.1. El Ministerio de Salud y Protección Social y sus funcionarios. Intelectuales orgánicos al proyecto posneoliberal y puerta giratoria

La reforma al sistema de salud de Colombia en 1993 se ha consolidado como una auténtica política de Estado, que deja en evidencia la fuerza que tiene el consenso (pos)neoliberal que sostiene esta reforma durante un espacio de veinte años, sin que en el futuro próximo se esperen transformaciones en el modelo. Cada gobierno ha aportado en el desarrollo de esta política: César Gaviria (1990-1994) impulsó y aprobó la reforma contenida en la ley 100 de 1993; Ernesto Samper (1994-1998) a pesar de su agenda social-demócrata inició con la implementación de la reforma; Andrés Pastrana (1998-2002) avanzó de forma decidida en la implementación de la reforma, así como lograr mantener el modelo ante las críticas que venían formulando a la reforma. Álvaro Uribe (2002-2010) logró la profundización del modelo, superar las reformas legislativas que dejaran intacto el negocio de la salud y apalancar desde el Estado el negocio de las EPS; y finalmente Juan Manuel Santos (2010-2014), desde una perspectiva de gobierno

tecnocrática y economicista ha logrado mantener intacto el modelo, a pesar de su creciente rechazo por los sectores populares al actual modelo de salud.

Una de estas instituciones que evidencia con fuerza el nexo Estado-finanzas es el Ministerio que se ocupa del sector salud. Esta institución concentra un cúmulo importante de funciones para el desarrollo del sistema, entre las que se destaca la rectoría del sistema de salud. La implementación del modelo da cuenta de cómo los distintos ministros han adoptado un enfoque favorable al sistema, ya sea como intelectuales orgánicos a la reestructuración capitalista, o de sujetos que circulan entre las empresas privadas de salud y el Estado, en un complejo proceso de puerta giratoria (Klein, 2007, pp. 420-428), que a diferencia de los primeros, dan cuenta de las redes de corrupción y captura del Estado por el llamado gobierno de las EPS.

Un sujeto destacado fue Juan Luis Londoño de la Cuesta, quién se desempeñó en dos gobiernos diferentes como Ministro de salud. Administrador y economista, se doctoró en economía en la Universidad de Harvard, bajo la dirección de Jeffrey Sachs, quien a su vez fue discípulo de Milton Friedman.

En la década de los noventa apoyó al gobierno de Gaviria en la aprobación de la ley 100 de 1993. Luego pasó a desempeñarse como economista principal en el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo en donde respaldó el modelo de salud que impulsó en 1993, junto con el mexicano Julio Frenk a través de la construcción teórica del modelo del “pluralismo estructurado”.

En el 2002 regresó a Colombia para apoyar la correcta implementación del sistema de salud, bajo el gobierno de Álvaro Uribe Vélez. Su defensa del sistema se da en uno de los argumentos reiterativos y presentados como el mayor logro del sistema de salud, por lo cual se debe apoyar la reforma por ser el camino correcto: los avances en la cobertura del aseguramiento. Según Londoño *“en materia de salud era evidente el avance en la cobertura que había pasado de*

13.4% en 1992 a 58.1% en el 2000” (Londoño, 2002). Un argumento que ha sido controvertido principalmente por la comparación engañosa que expone, toda vez que antes de 1993 no existían un esquema de aseguramiento. El ministro Londoño representa el tipo de intelectual orgánico al proyecto de reestructuración capitalista, quién con un perfil académico y amplias conexiones con la clase política local y los organismos internacionales llevó a la práctica sus modelos investigativos y académicos de la creación de un mercado rentable de la salud.

Otros han establecido una puerta giratoria entre el gremio de las EPS privadas ACEMI y el ministerio de salud. Sobresalen los médicos Nelcy Paredes, María Teresa Forero de Saade y Augusto Galán. Este último, familiar del político liberal asesinado en la campaña por la presidencia en 1989, fue ministro de Salud en el gobierno Samper (1994-1998). En su gestión avanzó en el inicio de la implementación de sistema de salud. Posteriormente, ejerció de forma simultánea la presidencia de ACEMI junto con asesorías al Ministerio de Salud, lo que forzó su renuncia a la Academia Nacional de Medicina. En 2010 figuró como uno de los asesores a los decretos de emergencia social en salud (Noticiero CM&, 2010).

De conformidad con la ortodoxia neoliberal radical, en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) decidió reducir el tamaño del Estado fusionando el Ministerio de Salud con el Ministerio de Trabajo en el Ministerio de la Protección Social por espacio de 8 años. Aunque el gobierno nacional argumentaba que esta era la mejor alternativa para superar la crisis que afrontaba el país en materia de trabajo y salud, lo cierto es que detrás de estas transformaciones se estaba fortaleciendo el modelo de mercado, se creaban los mecanismos para profundizar los ajustes fiscales y reorganizar el sector. Con esta reestructuración la reducción de personal en ambas carteras fue del 15%. Tras el accidente aéreo que sufrió el ministro Londoño en febrero del 2003 al inició de su gestión en el gobierno Uribe, fue reemplazado por el médico Diego Palacio Betancourt (G. M. M. Uribe, 2009, p. 195).

Los estudios de la Federación Médica Colombiana, que requirieron de la interposición de acciones de tutela para obtener acceso a la información, han denunciado el favorecimiento que hizo el ministro Palacio a la multinacional farmacéutica, los laboratorios Roché, para proteger la comercialización exclusiva de 8 medicamentos de alto costo de a través de una resolución emitida por su despacho. Esto generó que se pagara por la vía de recobros elevados sobre-costos por esos medicamentos, superiores a su valor en Perú y España (Marín, 2012). A su vez, el ministro Palacio está involucrado en una investigación judicial por la compra de votos a congresistas para aprobar el acto legislativo que permitía la reelección presidencial a Álvaro Uribe Vélez. La Procuraduría General de la Nación ha solicitado ante la Corte Suprema de Justicia la condena del ex funcionario por el delito de cohecho (El Tiempo, 2013).

Bajo el gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014) se deshizo la escisión de ministerios, y fue nombrado el economista Mauricio Santamaría, de la Universidad de los Andes como Ministro de Salud y Protección Social. En los debates de control político impulsados por el Senador Jorge Enrique Robledo denunció que el Ministro Santamaría, a través del acuerdo No. 19 de la CRES, del 29 de diciembre de 2010, avaló que el grupo Saludcoop recobrará al Estado sobre-costos en medicamentos por valor de 825.760 millones de pesos. También denunció el Senador que el Ministro Santamaría ordenó el incremento del valor de la UPC para el año 2011. Sin embargo, de las 49 EPS que debía reportar información al Ministerio para determinar el valor de la UPC, tan sólo 4 dieron información válida, las demás reportaron inconsistencias.

El 24 de enero de 2012 el Ministro Santamaría, que impulsó en el Congreso la ley 1438 de 2011 pasó a desempeñarse como director del Departamento de Planeación Nacional, sucedido por la que fuera su viceministra, Beatriz Londoño, médica de la Universidad del Rosario con maestría en Salud Pública de la Universidad de Harvard. Tras una corta gestión de 9 meses, asumió funciones como Embajadora Plenipotenciaria de Colombia en Suiza.

El actual Ministro, Alejandro Gaviria Uribe, de profesión ingeniero con doctorado en economía de la Universidad de California, fue recusado por el Senador Robledo solicitándole que se declarara impedido para tramitar la reforma al sistema de salud ante el Consejo de Ministros. En la solicitud del senador explica que Gaviria antes de ser nombrado como Ministro de Salud hacía parte de la junta directiva de Bancolombia, que forma parte del Grupo Empresarial Antioqueño, involucrado en el negocio de la salud con las EPS-Sura y Sura Medicina Prepagada. A su vez, su esposa, Carolina Soto, era vicepresidente ejecutiva de Fasecolda, organización constituida para la defensa del gremio asegurador, que incluye al sector salud.

8.2. El financiamiento de los partidos políticos por las empresas de la salud

El desarrollo legislativo del sistema de salud ha dejado en evidencia, la relación de las EPS y las IPS con el poder político. A través de la figura de los impedimentos por conflicto de intereses, los congresistas han manifestado su estrecha relación con el sector privado de la salud, a través del financiamiento de sus campañas políticas, que ha sido llamado como la “bancada de la salud” (Semana, 2013b).

La senadora Ángela Robledo⁴⁵, del Partido Verde, por información que reportó el Consejo Nacional Electoral, denunció que varios partidos políticos han recibido financiación de instituciones con intereses en la salud. A su vez le solicitó al presidente candidato Juan Manuel Santos que despejara las dudas sobre los aportes a su campaña presidencial realizado por las empresas involucradas en el negocio de la salud, dado que el partido de la U aparece en primer lugar como beneficiario de las EPS para el año 2010, que coincide con la campaña presidencial (A. Robledo, 2013). El conjunto de partidos políticos que recibieron estos recursos, con excepción del Polo Democrático Alternativo, han apoyado de

⁴⁵Actual Representante a la Cámara por Bogotá por el Partido Verde, Psicóloga y magíster en Política Social (Congreso Visible, 2013)

forma irrestricta el modelo y el más reciente proyecto de reforma que adelanta el gobierno.

A través de un grupo de profesionales de alto perfil técnico, que además de contar con los recursos económicos, tienen además fuentes de información de las diversas instituciones estatales que les ha permitido mantener el control sobre el mercado de la salud y neutralizar cualquier modificación al sistema que afecte a sus intereses. Los gremios de las EPS, en especial ACEMI y Gestarsalud han tenido una presencia permanente en las reformas y los debates de control político que se han hecho sobre el desarrollo del sistema (G. M. M. Uribe, 2009, p. 228).

Un ejemplo de la influencia de las EPS en el Estado se dio en los debates de la ley 1438 de 2011. En su momento se discutió la prohibición absoluta de la integración vertical, lo que obligaría a las EPS a asumir únicamente funciones administrativas y no ser propietarias de sus propias redes de servicios de salud. El Ministro de Hacienda, Juan Carlos Echeverry, intervino en el debate de la ley en contra de dicha medida, proponiendo completamente lo opuesto, que no existiera límites ni prohibiciones a la integración vertical de las EPS.

La bancada del Polo Democrático Alternativo denunció que el ministro asesoró a la EPS Saludcoop a través de su compañía EConcept en donde le recomendaba presionar al gobierno para que se eliminara la limitación de la integración vertical del 30%, para con ello lograr el crecimiento de la compañía. En un principio, en el procedimiento de aprobación del proyecto de ley se eliminó la limitación que impuso la ley 1122 de 2007 a la integración vertical. Sin embargo, en la conciliación del proyecto se dispuso mantener el límite del 30% de integración vertical. Después de su paso por el Ministerio de Hacienda, Echeverry ocupa actualmente el cargo de representante de Colombia ante el BID.

8.3. Los intentos de salvamento financiero a las EPS

Varias han sido las oportunidades que a través de formas jurídicas útiles al capital se ha intentado llevar a cabo un salvamento financiero a las EPS. A través de la declaratoria de la emergencia social en salud, el gobierno Uribe adoptó un conjunto de medidas tendientes a brindar un conjunto de recursos frescos por la vía de impuestos al sistema de salud, a los cigarrillos, los licores, y los juegos de azar. Sin embargo, los impuestos se limitaron a los vinos populares y la cerveza, mientras que los rones, aguardientes y whisky no se incrementaron, como una forma de favorecimiento a los familiares del Ministro de Hacienda del momento, Oscar Iván Zuluaga (Caracol Radio, 2010a), y los gobernadores quienes buscaba posicionar sus empresas licoreras regionales (León, 2010).

El gremio de las EPS, ACEMI, había alertado sobre la necesidad de un salvamento financiero si las medidas tributarias no pasaban el examen de la Corte Constitucional (Caracol Radio, 2010c). La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la emergencia social, pero consideró que los impuestos creados bajo el estado de excepción eran necesarios para conjurar la crisis financiera del sistema, por lo que decidió que dichas medidas no serían declaradas inconstitucionales.

Se destacan también las iniciativas de salvamento que en el 2010 intentó la senadora Piedad Zuccardi⁴⁶. En su momento la Senadora abrió la discusión al interior del Congreso de la República sobre la crisis financiera del sistema de salud, y la necesidad de un rescate financiero. Comparando la crisis de la salud, con el debacle financiero de 1999, cuando se adoptaron un conjunto de medidas de salvamento para los bancos, la Senadora propuso adoptar un conjunto de medidas similares para rescatar a las EPS. A través del Fondo de Garantías del Sector Salud (FOGASA) se propuso la nacionalización transitoria de las EPS, para

⁴⁶Zuccardi es profesional en comunicación social de la Universidad Autónoma del Caribe y esposa del dirigente bolivarense Juan. Cuando éste se retiró del Senado de la República en 1998, Zuccardi fue elegida a nombre del Partido Liberal. Desde 2002, cuando fue reelecta, formó parte de los fundadores del Partido de la U, a nombre del cual ha obtenido su reelección como senadora en 2006 y 2010. Desde febrero de 2013 es investigada por la Corte Suprema de Justicia. En octubre del mismo año la corte la llamó a juicio por presunto concierto para delinquir agravado, relacionado con su supuesto vínculo con paramilitares. (Congreso Visible, 2013)

ser saneadas financieramente, que luego serían devueltas al sector privado (B. D. Restrepo, 2012).

La otra iniciativa de salvamento financiero fue liderada por la senadora Dilian Francisca Toro quien gestionó el apoyo de los senadores Fernando Tamayo del partido conservador, Edison Delgado del Partido Liberal y Jorge Eliecer Ballesteros del Partido de Integración Nacional PIN, a través de la proposición denominada *“recursos adicionales para la adecuación de oferta hospitalaria”*. A través de esta iniciativa, se intentó que las deudas de las alcaldías y municipios se pague de forma directa a las EPS, así como formas de créditos blandos para refinanciar y capitalizar a las EPS (Dinero.com, 2011).

La ley 1608 aprobada el 2 de enero del año 2013 establece una serie de medidas a favor de las EPS para aliviar las deudas de dichas entidades con las IPS. Según la Representante a la Cámara, Gloria Stella Díaz⁴⁷, la ley plantea *“comprar la cartera de las EPS, premiando la administración deficiente de los recursos”* (Asívamosensalud, 2012). A su vez, la Senadora Gloria Inés Ramírez del Polo Democrático Alternativo manifestó que: *“se pretende hacer creer a la opinión pública que la crisis está dada por el pasivo que tienen las entidades territoriales con las IPS’s y EPS’s del régimen subsidiado, cuando lo cierto es que la principal razón es la malversación que han hecho las aseguradoras de los recursos de la salud”* (Asívamosensalud, 2012).

La última reforma que se estaba adelantando al sistema de salud también intenta avanzar en un rescate financiero a las EPS, como lo sintetizan los 160 caracteres del trino del Ministerio de Salud: *“El salvamento financiero del sistema de salud se debe hacer en un contexto de reforma: Ministro @agaviriau<http://bit.ly/1cTyWaW>”* Según el boletín de prensa del Ministerio de Salud, en debate de control político en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes el Ministro Gaviria

⁴⁷ Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana. Representante a la Cámara por Bogotá; Movimiento Político MIRA (2006-2014) (www.congresovisible.org)

afirmó que la reforma plantea un balance de saneamiento contable, ya que no se tienen claras las deudas, lo que requiere que la Superintendencia de Salud tenga los instrumentos adecuados para ello. Concluyó el Ministro que: *“Todas las crisis financieras del mundo se resuelven con el todos ponen. Cuando hay una crisis financiera como estas se debe hacer esfuerzos mancomunados de la sociedad”* (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013).

Esta es fórmula para conjurar la crisis, bajo las políticas de restablecimiento del poder de clase del proyecto político (pos)neoliberal, el cual consiste en la socialización de las pérdidas pero privatización de las ganancias. David Harvey (2007a, 2012) en su análisis del neoliberalismo y de la crisis económica del 2008 nos da varios ejemplos de esta fórmula estandarizada a nivel global, que evidencia el favorecimiento que desde el Estado se hace hacia la burguesía y el gran capital.

8.4. El fracaso de los actos legislativos que intentan prohibir las EPS en Colombia

El poder político que han logrado acumular las EPS no sólo les ha permitido establecer una forma de gobierno privado indirecto, con el fin de utilizar el derecho estatal para disponer de reglas útiles al capital, sino también neutralizar cualquier reforma en su contra. Este ha sido el caso de una reforma constitucional que ha intentado prohibir las EPS en Colombia. En 5 oportunidades distintas fuerzas políticas han pretendido tramitar en el Congreso de la República este acto legislativo, a través de diversas estrategias jurídicas y enfoques, sin que ninguno de ellos haya prosperado.

La bancada del partido liberal presentó el primer proyecto de acto legislativo 072 de 2006. El proyecto planteaba reformar el artículo 11 de la Constitución sobre el derecho a la vida, en relación con la salud. El proyecto planteaba una vinculación estrecha de la salud con el derecho a la vida, razón por la cual el Estado se define como el encargo de garantizar ambos derechos. También disponía establecer un

principio contundente sobre la mercantilización de la salud, al disponer que *“El derecho a la salud prevalecerá a consideraciones de simple rentabilidad o costo”* (C. Salamanca, Pablo Enrique, Camelo, Marín, & López, 2006).

El artículo también establecía la eliminación de la intermediación financiera para el régimen subsidiado de salud. Al respecto el proyecto disponía: *“La prestación y administración de los servicios de salud para los estratos vulnerables estarán a cargo de entidades pública”* (C. Salamanca, Pablo Enrique et al., 2006). El proyecto de acto legislativo fue archivado el 18 de diciembre de 2006 por vencimiento de términos.

El Representante a la Cámara, Pedro Enrique Salamanca Cortés⁴⁸, con el apoyo de otros Representantes presentó de nuevo un acto legislativo reformando el artículo 11 de la Constitución, proyecto de acto legislativo número 63 de 2010. Dicho proyecto retomaba el planteamiento del proyecto anterior, con algunas modificaciones menores. El proyecto establecía que la prestación y administración de los servicios de salud para los estratos 1, 2 y 3 estará a cargo del Estado (C. Salamanca, Pablo Enrique, 2010). En el debate de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes se retiró el proyecto dado que por los términos del trámite legislativo, no era posible alcanzar a cumplir con los debates que demanda una reforma constitucional (Cámara de Representantes, 2011).

El Representante Salamanca intentó de nuevo reformar la Constitución para promover una transformación estructural en el sistema de salud, al eliminar la intermediación financiera del sistema de salud. En esta oportunidad, el proyecto de acto legislativo adicionaba un artículo a la Constitución, el 11A, que retomaba su planteamiento, pero esta vez planteaba una eliminación total de la

⁴⁸ Estudió Administración Pública y Ciencias Políticas. Catedrático Universitario. Jefe de Registro Sindical del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Asesor Externo del Concejo de Bogotá. Representante a la Cámara por Bogotá por el Partido Liberal (2006-2014) (www.congresovisible.org)

intermediación financiera del sistema de salud. En su artículo se proponía que: *“La prestación de los servicios de salud es responsabilidad indelegable del Estado y los mismos no se subordinan a criterios de rentabilidad, no obstante, las personas podrán contratar de manera directa y autónoma la prestación de los servicios de salud con empresas particulares (...)”* (C. Salamanca, Pablo Enrique (Coordinador Ponente), 2011).

En el debate de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes del 18 de octubre de 2011, no se alcanzó a debatir el proyecto, por lo que fue aplazada su discusión para la sesión del 2 de noviembre. En dicha sesión cuando se abordó el tema, la presidenta de la Comisión solicitó que fuera aplazada la discusión por el poco tiempo que tenía la sesión. El Representante Salamanca solicitó que no se aplazara el debate, dada la relevancia del proyecto y la necesidad de abrir esa discusión en el Congreso y que se adoptaran medidas para solucionar la crisis de la salud. Sin embargo, la presidenta insistió que no se alcanzaba a discutir ya que dos bancadas se retiraban a almorzar, y no alcanzaban los tiempos para evacuar el proyecto en la actual legislatura. Por lo tanto, el proyecto se volvió a retirar (Cámara de Representantes, 2012).

En marzo de 2012 el Representante Salamanca una vez más propuso a la Comisión Primera Constitucional Permanente el acto legislativo que fue retirado en la anterior legislatura. En esta oportunidad, el proyecto recibió ponencia positiva para primer debate (C. Salamanca, Pablo Enrique, 2010).

Posteriormente, fue nombrado Alfonso Prada⁴⁹ como ponente, quién propuso archivar el proyecto. En un análisis constitucional, retomando los análisis de Robert Alexy, Rodolfo Arango y Carlos Bernal Pulido el ponente concluyó que la salud como “mandato de optimización” tiene diferente grado de cumplimiento, y

⁴⁹ Abogado con posgrados en Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Docente Catedrático de estas áreas en la Universidad Libre. Concejal de Bogotá durante tres períodos. Representante a la Cámara por Bogotá; Partido Verde (2010-2014) (www.congresovisible.org)

por lo tanto se trata de un derecho fundamental, pero de “carácter estrecho”, que demanda acciones fácticas del Estado. Citando a Alexy, el ponente concluye que:

“los derechos sociales fundamentales como derechos a prestaciones en sentido estrecho, esto es como derecho del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo frente al Estado a lo que- si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrara en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo de particulares”.

Para el ponente la Constitución ya incorporó la salud como un derecho fundamental, así como lo ha interpretado la Corte Constitucional en diversas sentencias. A su vez, la definición de la salud como un servicio público a cargo exclusivo del Estado era un aspecto que ya estaba consagrado en el artículo 365, que define los servicios públicos y permite tanto la participación del Estado como de los privados en su prestación. En el debate en Comisión se aprobó el archivo del proyecto.

El quinto y último intento del proyecto de acto legislativo, fue el proyecto 40 de 2012, el cual ha sido el proyecto que logró el mayor avance en el trámite legislativo, que tuvo lugar en un momento político de rechazo a las EPS. El proyecto planteaba agregar 2 incisos al artículo 11 de la Constitución.

Retomando los planteamientos anteriores de la salud era un servicio de responsabilidad indelegable del Estado; no sometido a las reglas de la rentabilidad; la financiación según su capacidad de pago. El segundo inciso prohibía de forma contundente la intermediación en salud: *“No habrá intermediación financiera en la administración de los recursos de la salud por particulares”*, lo que implicaba no sólo para la población pobre como lo estipulaban los proyectos anteriores, sino para toda la población en general. En consecuencia, la Constitución estaría prohibiendo las EPS en el sistema de salud.

En la ponencia para segundo debate, el Representante Salamanca como coordinador de ponentes, junto con Germán Navas Talero y Fernando de la Peña Márquez realizaron un resumen de los argumentos a favor y respondieron a las críticas formuladas a la iniciativa. El ministro de salud, Alejandro Gaviria manifestó que el proyecto de acto legislativo no era el escenario idóneo para discutir la reforma al sistema de salud. Para ese momento, cursaba en el Congreso la aprobación de la ley estatutaria en salud, que para el ministro era el espacio de discusión para la reforma del sistema de salud. Sin embargo, dicho proyecto de ley dejaba intacto el modelo de aseguramiento, la intermediación financiera y el lucro privado que el acto legislativo pretendía atacar. El ministro manifestó que más adelante se puede dar el debate sobre los mecanismos idóneos para garantizar el derecho a la salud, y que lo importante era avanzar en la aprobación del proyecto de ley estatutaria. En su intervención el Ministro manifestó: *“Dar un debate en un articulito no más, donde uno simplemente tiene una línea y esa línea cree que va a resolver todo”*. Su intervención estaba dirigida a vaciar el debate político de fondo y el problema de la intermediación de salud, bajo el argumento que un solo artículo no resuelve la crisis de la salud, pero que atacaba de forma frontal y directa una de sus principales causas.

El Viceministro de Hacienda explicó que el proyecto de acto legislativo no avanza en la protección de la salud, ya que sus planteamientos ya se encuentran recogidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la definición de la salud como un derecho fundamental. Además indicó que definir desde la Constitución un esquema únicamente público, no mejora el mayor problema del sistema de salud que es su financiamiento. En su criterio, esa declaración crea más problemas de los que pretende resolver. Los autores del proyecto así como los ponentes intervinieron defendiendo el proyecto. Otros representantes intervinieron apoyando la postura del gobierno. Se propuso dar el segundo debate al proyecto, y modificar su título. Sin embargo, en la sesión 157 de la plenaria de la Cámara de Representantes se aprobó el archivo del proyecto de acto legislativo.

9. El caso del Grupo Saludcoop

A continuación presentamos un examen detallado de la que fue en su momento la EPS más grande del país, tanto en número de afiliados como en su red de prestación de servicios de salud a nivel nacional. Saludcoop es el caso paradigmático del desfalco al sistema de salud, en tanto que recoge el conjunto de estrategias, usos y abusos sobre el derecho letrado para imponer mecanismos jurídicos útiles al capital. A su vez ha sido el caso más documentado, por parte de organismos de control y análisis periodísticos ante las dificultades de acceso de información sobre el accionar de las EPS.

Carlos Gustavo Palacino, presidente del grupo Saludcoop hasta su intervención por parte del Estado, es la representación de la figura del hombre emprendedor, el empresario exitoso, ejemplo de superación personal que con su empeño individual logró superar sus propias condiciones sociales y económicas para ser considerado como el modelo ideal para triunfar en el mercado.

Sin embargo, el éxito de Palacino en el mercado de la salud no se debe únicamente a sus cualidades individuales y sus buenas decisiones en los negocios, sino que también están involucradas maniobras fraudulentas, usos ventajosos del derecho letrado y otras estrategias que dan cuenta de la «cultura traqueta» como superestructura del capitalismo gansteril colombiano, caracterizada por *“la violencia inusitada, el enriquecimiento fácil e inmediato, el endiosamiento del dinero y el consumo, apego incondicional a los dogmas neoliberales y al libre mercado, un visceral anticomunismo, la destrucción de los movimientos sociales y sus dirigentes, los partidos políticos de izquierda, los sindicatos, y la reivindicación de posturas neoconservadoras”* (C. Renán Vega, 2014).

Palacino, oriundo del Líbano, Tolima llegó a construir “*una de las cinco multinacionales colombianas que hacían parte de las cien empresas más grandes de Latinoamérica [...] según el Boston Consulting Group*” (Semana, 2013a). Inició su carrera profesional en la compañía aseguradora “Seguros la Equidad” en 1975, desde uno de los cargos más bajos de la escala de la compañía. Como cobrador de seguros, Palacino logró ascender al interior de la compañía hasta ocupar el cargo de vicepresidente comercial y financiero de la entidad en 1991.

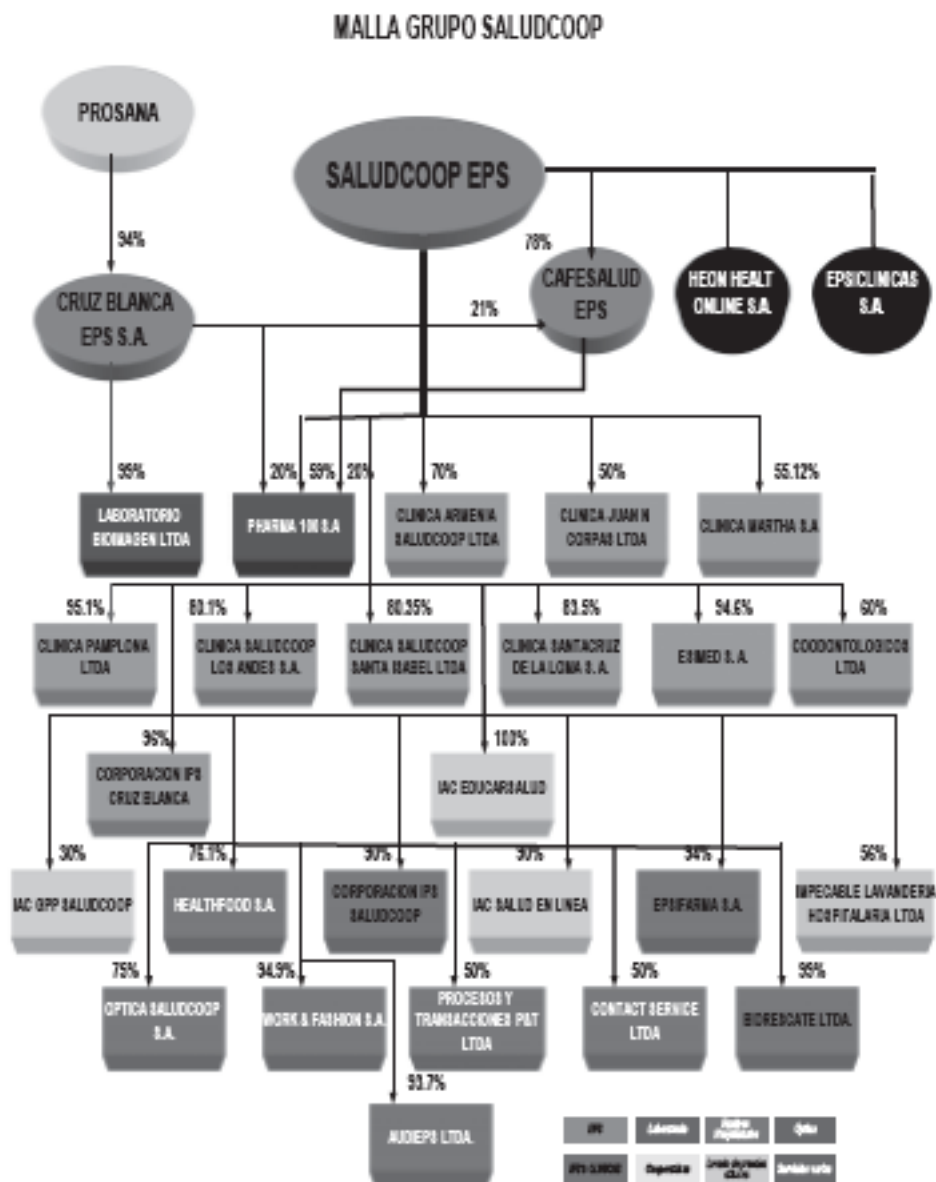
Palacino es matemático, estadista y especialista en derecho de seguros. A inicio de los noventa, tras la aprobación de la ley 100 de 1993 fue contratado como asesor externo por esta compañía aseguradora para realizar un examen de viabilidad financiera para la creación de una aseguradora privada en salud, EPS bajo el modelo solidario de cooperativa. Mientras que Luis Carlos Sarmiento Angulo, considerado como el multimillonario más grande de Colombia, se abstenía de invertir en salud por los riesgos que suponía dicho mercado, y se concentró en las pensiones y los riesgos profesionales a través de la aseguradora Porvenir, Palacino encontró en cambio una oportunidad de alta rentabilidad en la salud (Semana, 2013a).

Palacino creó la EPS Saludcoop que inició su operación en municipios pequeños, donde había poca competencia y podía apalancar el negocio, hacia la colonización de usuarios descontentos con los servicios del ISS. Luego fue creciendo y entró en operación en las principales ciudades del país. Conforme iba aumentando su capital, y ante la falta de límites sobre la integración vertical, el grupo empresarial Saludcoop compró la EPS chilena Cruz Blanca que contaba con 560.000 afiliados y Cafesalud con 650.000 afiliados (Semana, 2013a).

La EPS Saludcoop se fue expandiendo para la conformación de un grupo empresarial sustentado en una férrea integración vertical a través de la adquisición de diversas IPS, como “*la clínica Armenia; la Juan Corpas; Clínica Martha; Clínica Pamplona, Clínica Santa Cruz (...)*” (Semana, 2013a), a su vez incursionó en la

adquisición de redes de prestadores de servicios especializados en salud. También creó empresas para la confecciones hospitalarias y deportivas; suministro de alimentos para sus clínicas, servicios de lavandería, empresas para su seguridad privada, pre-cooperativas que le suministraba los trabajadores para la prestación de servicios generales, hasta su propio pool de abogados, Jurisalud.

Figura 3. Participación patrimonial de la EPS Saludcoop en otras empresas del sector, según Supersociedades.



Tomado de: Contraloría Medellín, 2011, Pág. 267

Pero Saludcoop no se limitó al campo de la salud, sino que expandió su empresa a inversiones en paraísos fiscales como Panamá, la construcción de un lujoso campo de golf y el condominio residencial llamado “Villa Valeria”, la construcción de colegio privado Gimnasio Los Pinos, patrocinios en equipos de baloncesto, financiamiento de partidos políticos, entre otras inversiones del grupo Saludcoop, sin ninguna interferencia de los organismos de control y vigilancia, amparado en la legalidad del derecho útil al capital (Coronell, 2010, 2011a, 2011b, 2011c, 2011d, 2011e).

En el 2004 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN avanzó en una investigación sobre una posible defraudación de impuestos por parte de Saludcoop. El director de la época anunció sanciones por encontrar maniobras fraudulentas, pero cinco meses después manifestó que las irregularidades no eran tan contundentes como anunció en un principio y por lo tanto redujo el valor de la multa (Coronell, 2011b).

En medio de una intensa batalla legal con los abogados de Saludcoop, entre ellos Eduardo Montealegre Lynett⁵⁰, el Superintendente Nacional de Salud, Mario Mejía Cardona⁵¹, impuso una fuerte sanción a Saludcoop por destinar los recursos para la salud hacia otros fines diferentes a los específicos que asigna la ley. El

⁵⁰ Abogado especialista en derecho penal de la Universidad Externado de Colombia y Universidad de Bonn en Alemania. Magistrado de la Corte Constitucional hasta el 2004 cuando renunció. Asesor del grupo empresarial Saludcoop y amigo personal de Carlos Palacino. Nombrado como Fiscal General de la Nación en el 2012 por lo que se ha declarado impedido en los casos penales vinculados al grupo Saludcoop. (Lasillavacia: en <http://lasillavacia.com/perfilquien/32280/eduardo-montealegre-lynett>)

⁵¹ Mario Mejía Cardona es administrador público de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP y contador público de la Pontificia Universidad Javeriana. Con una amplia experiencia en el sector oficial, Mejía Cardona trabajó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por más de 20 años, donde ocupó diversos cargos hasta llegar a la Dirección Nacional de Presupuesto Público, de esa cartera estuvo vinculado a los consorcios fiduciarios Fidusalud y Fusalud como gerente hasta mayo de 2004, cuando fue nombrado como Gerente de Gestión Administrativa y Financiera de la Contraloría General de la República, cargo que ocupó hasta septiembre de 2006. Desde el 26 septiembre de 2006 se vinculó a esta Superintendencia como Asesor del Despacho. Con la reestructuración administrativa de la Entidad asumió el cargo de Superintendente Delegado para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud.

superintendente que lo sucedió en el cargo, Conrado Gómez⁵², manifestó que por un error jurídico, ante vicios de nulidad al quebrantarse el debido proceso ya que la sanción fue producto de una visita administrativa, y no al interior de una investigación administrativa, por lo tanto, el despacho del nuevo Superintendente concluyó que no se podía aplicar dicha sanción y era necesario entonces una conciliación con Saludcoop (Coronell, 2011d). La Contraloría General de la Nación, liderada por Sandra Morelli emitió un control de advertencia fiscal ante el detrimento patrimonial de un proceso conciliatorio con Saludcoop. Conrado Gómez avanzó en el proceso de dicha conciliación, la cual pasó a revisión por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia que anuló dicha conciliación, ratificada en segunda instancia por el Consejo de Estado. Sin que hasta la fecha se realizara el pago de la mencionada multa.

Las redes de Saludcoop para la implantación de su forma de gobierno privado indirecto operaban de forma fina y cuidadosa, como se evidencia en el caso de la esposa de Sergio Díaz-Granados⁵³ nombrado Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia en la administración de Juan Manuel Santos (2010-2014). La esposa del ministro, Paola Vergara Acevedo, era empleada del grupo empresarial Saludcoop antes de que su esposo fuera nombrado en dicha alta dignidad del Estado. Una vez posesionado como ministro, Saludcoop modificó la contratación de su esposa, ahora como asesora externa para seguir con el mismo salario y funciones, entre las que se encontraba alertar a la presidencia del grupo Saludcoop sobre las reformas al sistema de salud que puedan afectar a la empresa (Coronell, 2011c).

⁵² Médico cirujano de la Universidad de Antioquia, con maestría en Estudios Políticos de la Universidad Javeriana. Hermano de Francisco de Paula Gómez, presidente de Afidro, gremio de las multinacionales farmacéuticas. Ha ocupado varios cargos al interior de diversas instituciones del sistema de salud, como el ISS, el Ministerio de Salud; también fue asesor de la OPS. Su cercanía con las farmacéuticas y la senadora Dilian Francisca Toro le permitió ser nombrado como Superintendente Nacional de Salud. En julio de 2012 en medio de los crecientes escándalos de corrupción y el descontento del sistema renunció. (Lasillvacacia.com: <http://lasillvacacia.com/quienesquien/perfilquien/conrado-gomez>)

⁵³ <http://lasillvacacia.com/quienesquien/perfilquien/sergio-diaz-granados-guida>

Estas redes del gobierno privado indirecto permitieron que la integración vertical sólo se limitara hasta el año 2007 con la ley 1122 que era uno de los elementos que habían permitido la consolidación del grupo Saludcoop y las demás EPS. En principio, la propuesta del gobierno Uribe (2002-2010) era habilitar la integración vertical hasta el 50%. En las discusiones en plenaria del Congreso el partido liberal acogió la fórmula del gobierno y propuso también dicho porcentaje. El Polo Democrático Alternativo propuso que se eliminara la integración vertical en un 100% y que se diera un proceso de nacionalización de las IPS construidas con los recursos de la salud. Para los representantes de dicho partido esas edificaciones se hicieron con los recursos de la salud, que tienen el carácter de parafiscales y sólo pueden estar destinados a la financiación de dichos servicios, y no a la consolidación de los oligopolios de la salud.

Finalmente se autorizó la integración hasta un 30%, para el régimen contributivo. En el régimen subsidiado se impuso que las nuevas EPS-S (antes denominadas ARS) debían contratar obligatoriamente el 60% con la red pública hospitalaria. La integración vertical del 30% fue demandado ante la Corte Constitucional por cuanto dicha norma encubría el negocio de la salud y permitía el ejercicio de la posición dominante del mercado sobre las EPS. La Corte Constitucional en la sentencia C-1041 de 2007 declaró que dicha norma hacía parte de la libertad de configuración del legislador y se sustentó en la libertad de empresa para concluir que la integración vertical no vulneraba del orden constitucional.

La EPS fue intervenida por la Superintendencia Nacional de Salud al encontrar que Palacino y la junta directiva de Saludcoop había incurrido en varias prácticas contrarias a la ley. Según la entidad la EPS estaba afrontando una grave crisis de financiación, que quedó en evidencia al entregar cheques sin fondos para pagar a sus acreedores.

La intervención de la EPS Saludcoop inició en mayo del año 2011, la cual se extenderá hasta el 11 de mayo del 2014. Sin embargo, la Contralora General,

Sandra Morelli denunció que la intervención de dicha EPS pudo ser preparada para luego ser devuelta a sus dueños. Incluso, a través de una acción de tutela los directivos de Saludcoop lograron que un juez constitucional ordenara la devolución de la empresa, sentencia que fue revocada por el juez de segunda instancia.

Tanto la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República han impuesto sanciones disciplinarias y fiscales a Gustavo Palacino por su manejo del grupo Saludcoop. No obstante, la intervención de Saludcoop se ha tornado en un proceso oscuro y confuso ante la prolongación en el tiempo en donde la compañía ha estado a cargo del Estado y no se adopta una decisión de fondo, sobre su nacionalización, liquidación o entrega a sus propietarios.

En el 2014 el caso Saludcoop sigue en discusión entre los distintos entes de control. El Superintendente Nacional de Salud, Gustavo Cobo⁵⁴, ordenó la intervención de la Corporación IPS Saludcoop ante las fallas reiterativas de dicha entidad en el cumplimiento de las normas que la rigen. Sin embargo, la Contralora General de la República, Sandra Morelli había alertado sobre esta situación al funcionario, manifestando que la intervención debía realizarse sobre todo el Grupo Saludcoop, y no sólo sobre un grupo empresarial. Además, denunció que las actuaciones del Superintendente de ordenar levantar los embargos dejó sin efectos el fallo que la Contraloría General de la República impuso al grupo Saludcoop por 1.4 billones de pesos por la irregularidad en el manejo de los recursos parafiscales.

⁵⁴ Abogado de la Universidad de los Andes con Especialización en Estudios Internacionales de la Escuela Diplomática de España. Se ha desempeñado como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, vicepresidente de Fasecolda y asesor de los ministerios de Hacienda y Crédito Público, Comunicaciones, transporte y la Presidencia de la República. (<http://www.supersalud.gov.co/supersalud/LinkClick.aspx?fileticket=P0z3vZBHMxo%3D&tabid=867&mid=2462&forcedownload=true>.)

Capítulo V Una interpretación al desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional: normalización de la justicia hacia el derecho útil al capital

El discurso de los derechos humanos en Colombia tiene un punto de inflexión con el proceso constituyente de 1991. A partir de la nueva constitución política se actualizó el ordenamiento jurídico nacional al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos con la definición de un amplio conjunto de derechos fundamentales y una serie de mecanismos judiciales para su protección en el marco del Estado Social de Derecho.

Este capítulo busca avanzar en una interpretación sobre el desarrollo histórico del proceso de judicialización de la salud en Colombia a partir del análisis de la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional. Aquí nos concentramos en la interpretación que los jueces y el máximo intérprete del texto constitucional han construido sobre la salud como un derecho y sus decisiones frente al desarrollo del sistema de salud.

Para ello se parte de dos bloques: 1. En principio los jueces constitucionales elaboraron una concepción amplia y garantista sobre el derecho a la salud como exigible judicialmente, con un contenido concreto de protección, una definición comprensiva que superaba los estrechos márgenes lucro-eficientes y técnicos del sistema de salud. 2. El posterior desarrollo jurisprudencial se dirigió hacia la adopción de criterios técnicos y precisos sobre la protección de la salud como derecho fundamental, como un proceso de “normalización” de la justicia, hacia los postulados descritos sobre los dispositivos útiles al capital.

La puesta en marcha del sistema de salud en Colombia está caracterizado por la “judicialización de la salud”, a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela. Aunque las acciones de tutela reclamando el derecho a la salud es anterior a la reforma de la ley 100/93, la Defensoría del Pueblo cuenta con registros a partir de 1999. En sus análisis estadísticos hasta el año 2012 se han interpuesto

en Colombia un total 1.089.864 peticiones de los ciudadanos, las cuales debieron ser atendidas por los jueces constitucionales (Defensoría del Pueblo, 2013). En los análisis comparados sobre el litigio de salud en el mundo, Colombia tiene la tasa per capita más alta con 3289 casos, superior a Brasil con 206, Costa Rica 109, Argentina 29, Sudáfrica 0,3 e India con 0,2 (Moestad O, Rakner L, Ferraz O. 2011, p. 282).

Después del derecho de petición, el derecho a la salud es el segundo derecho más exigido por la vía judicial de tutela. Por lo tanto, analizar el desarrollo de la prestación del servicio de salud en Colombia requiere tomar en consideración la labor de los jueces constitucionales y la forma en como se ha interpretado la ley para configurar el contenido del derecho a la salud.

1. La interpretación amplia y garantista sobre el derecho a la salud en los inicios de la Corte Constitucional

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud es anterior a la puesta en marcha de la ley 100/93 (M. D. E. López, 2008a). En efecto, en la primera generación de jueces constitucionales, conocida como la primera Corte, se emitieron una serie de decisiones importantes en materia de derecho a la salud, que van a dar cuenta del carácter amplio y garantista de la interpretación del juez constitucional sobre este derecho. Estas decisiones van a marcar unas pautas interpretativas importantes que fueron desarrolladas cuando entró en funcionamiento el sistema de salud y se generaron los conflictos con el sistema.

Este primer grupo de decisiones avanzaron en una interpretación progresista de la Constitución producto del momento histórico de la primera Corte, que sesionó desde noviembre de 1991 hasta febrero de 1993 y tenía a su cargo sentar las bases del desarrollo de la interpretación constitucional. A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 se introdujeron varios cambios en el aparato institucional del Estado, uno de ellos era la creación de una Corte Constitucional,

encargada de la guarda y supremacía de la Constitución. El grupo de magistrados compuesto por Ciro Angarita Barón, Simón Rodríguez Rodríguez, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Jaime Sanín Greiffenstrin valoró el cambio constitucional en los términos expresados por el presidente Gaviria de estar ante una “*revolución jurídica*”.

Las primeras sentencias de la Corte Constitucional avanzaron en una interpretación que trataba de apartarse de los cánones formalistas (M. D. E. López, 2008b). En su lectura de la Constitución, la primera Corte propuso avanzar en las transformaciones sociales incluidas en el texto, con el fin de hacer realidad la norma. A través de un desarrollo amplio de conceptos como Estado Social de Derecho, derechos fundamentales, y otros elementos de la Constitución, la Corte pasó a sentar las líneas jurisprudenciales para el posterior desarrollo de la interpretación de la Constitución.

En este marco se producen las primera decisiones de la Corte sobre el derecho a la salud. La Corte sostuvo una postura amplia respecto a cuáles son los derechos fundamentales, en contra de las posiciones tradicionales de considerar únicamente aquellos derechos contenidos en el capítulo I título 2 “*de los derechos fundamentales*” de la Constitución. Tampoco aceptó la Corte la interpretación restrictiva de la Constitución de reducir los derechos fundamentales al catálogo cerrado de derechos de aplicación inmediata enumerados en el artículo 85 de la Constitución de 1991, de forma tal que abandonaba una interpretación formalista del artículo 86 que establece que el mecanismo judicial de la acción de tutela tiene por finalidad la protección de los derechos de aplicación inmediata (Sentencia T-02 de 1992).

Una sentencia a destacar de este periodo es la decisión T-406/92 en donde la Corte Constitucional protegió el derecho a la salubridad pública. En dicha oportunidad el peticionario solicitaba al juez constitucional la terminación de las

obras del alcantarillado inconclusas por las Empresas Públicas de Cartagena. La Corte consideró que el saneamiento público y la salud pueden ser derechos fundamentales por su conexidad con principios esenciales dentro de un Estado Social de Derecho tales como la vida y la dignidad humana. A partir de esta decisión, la Corte fijó una doctrina que va tener un peso importante en la concepción de la salud como un derecho conexo con un derecho fundamental y por lo tanto, amparable por la vía de la acción de tutela.

La doctrina de la conexidad de la salud con derechos como la vida, la dignidad humana, la integridad física y personal, entre otras libertades, surge ante la barrera que imponía la concepción del mecanismo judicial de la acción de tutela para la protección de un derecho social como el de la salud. De acuerdo con la Constitución y la interpretación sobre el artículo 86, la acción de tutela se circunscribe a la protección de los derechos de aplicación inmediata. El artículo 85 enumera taxativamente el conjunto de derechos que son considerados de aplicación inmediata, por lo que son susceptibles de ser amparados por la vía de la acción de tutela, en donde se excluyen los derechos sociales, entre ellos la salud. No obstante, la Corte rechaza esta interpretación, desarrollando el concepto de la conexidad, que permitió el inicio de la solicitud de protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela.

Del conjunto de decisiones de la primera Corte se destaca la sentencia T-505/92. En esta sentencia la Corte Constitucional se ocupó de analizar un caso difícil que tensionaba una concepción de la salud como mercancía, en donde se demandaba una protección gratuita del derecho a la salud. El caso concreto era una persona diagnosticada con SIDA que solicitó atención en el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" en la ciudad de Cali, en donde le exigieron el pago para acceder a los tratamientos para su atención. Acudió a otras instituciones hospitalarias recibiendo la misma respuesta. El accionante de la tutela manifestó ser objeto de discriminaciones por su enfermedad, incluso fue rechazado por su familia en la

ciudad de Pereira, donde recibió su diagnóstico y atención sin tener que pagar por los servicios de salud.

En la primera instancia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle negó la procedencia de la acción de tutela por no encontrar una vulneración del derecho a la igualdad, dado que el ciudadano pretendía tener un privilegio al reclamar atención gratuita en salud. La decisión fue impugnada. La segunda instancia fue conocida por la Sala Plena del Contencioso Administrativo, que revocó la decisión del juez de primera instancia y en su lugar concedió el amparo solicitado.

El análisis del Consejo de Estado en esa oportunidad fue realizar una interpretación del texto constitucional a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos en especial de dos instrumentos, el Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador. Para el máximo Tribunal de lo Contencioso la orientación de estos instrumentos fue darle a los derechos económicos, sociales y culturales el carácter de fundamentales, que no son escindibles en categorías, sino que también hacen parte de la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, estos derechos exigen su promoción y protección permanentes, según el alto Tribunal: *“sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”*. Frente a la petición concreta del accionante, el Consejo de Estado encontró que la omisión del hospital ponía en riesgo la vida, por lo que era procedente la solicitud, *“quien por su condición económica se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 in fine)”*.

En sede de revisión la Corte Constitucional ratificó la importante decisión del Consejo de Estado de amparar los derechos fundamentales del señor Diego Sierra que dan cuenta de la interpretación progresista de los jueces constitucionales. En su sentencia la Corte Constitucional desarrolló una línea argumentativa sobre la justicia distributiva que va a marcar una ruta de interpretación que luego fue profundizada para ir acotando el alcance del derecho a la salud. A continuación se presenta una síntesis de la construcción

argumentativa de la Corte. Luego de hacer un análisis amplio sobre la salud pública y la pandemia del VIH/SIDA, en sus consideraciones se resalta el apartado: “*Estado Social de Derecho, dignidad humana y gasto público*”. En este apartado la Corte avanzó en una interpretación de la cláusula social de derecho, no como un elemento “*retórico*” o “*vacío*”, sino que tiene un contenido que se manifiesta en la prevalencia de los derechos fundamentales, y la superación del principio de legalidad, característico del Estado de Derecho, dirigido a garantizar las finalidades sociales de protección de la dignidad humana y la solidaridad.

Para la Corte, la "justicia distributiva" no es de libre valoración por los jueces constitucionales, sino que son las concepciones de la comunidad sobre lo correcto o incorrecto “*ejes referenciales para el enjuiciamiento de lo razonablemente exigible*”, en el sentido que la asignación de los recursos está orientada a “*los sectores desfavorecidos*”, por lo que la Constitución establece un conjunto de disposiciones que así lo exige. En palabras de la Corte:

“El principio de justicia distributiva según el cual en la asignación de los recursos económicos de una sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores desfavorecidos sirve de fundamento al régimen impositivo, a las reglas de elaboración presupuestal, a la jerarquización del gasto y a la fijación de prioridades en materia de prestación de los servicios públicos.”

Desde estos postulados, la Corte analizó el caso concreto y estableció una regla de interpretación bajo qué casos se puede proceder a otorgar el “*privilegio*” de gozar de servicios “*gratuitos*” de salud.

“La prestación gratuita del servicio de salud constituye un privilegio que puede estar justificado constitucionalmente dependiendo de la finalidad o de los objetivos buscados. Esta circunstancia se presenta, entre otros casos, cuando para evitar un riesgo mayor - como sería la presencia de un evento

epidemiológico -, es indispensable destinar recursos sin posibilidad de una contraprestación.

La **atención integral y gratuita** hace parte de la protección especial a cargo del Estado (CP art. 13-3), **cuando la ausencia de medios económicos le impide a la persona aminorar el sufrimiento, la discriminación y el riesgo social que le implica sufrir una enfermedad terminal, transmisible, incurable y mortal.**

El derecho fundamental a la igualdad, en su modalidad de protección especial a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, es un derecho de aplicación inmediata (CP art. 85). **El SIDA, como enfermedad mortal, atenta contra la vida misma. La prestación del servicio de salud al enfermo de SIDA es un imperativo que surge de la naturaleza solidaria y respetuosa de la dignidad humana que proclama y busca hacer efectivo nuestro régimen jurídico.** [Énfasis nuestro]

El análisis de la Corte delimita con exactitud cuando el “privilegio” de la atención en salud gratuita es procedente para el caso de VIH/SIDA porque se trata de una enfermedad “*terminal, transmisible, incurable y mortal*”, y la falta de recursos económicos no es una justificación constitucionalmente válida para negar la atención en salud. Este mismo razonamiento se ampliará más adelante y es el que soporta la jurisprudencia del “*mínimo vital*”, en donde la gratuidad se garantiza para las condiciones mínimas y absolutamente necesarias para sobrevivir, porque al superarse dicho umbral se deberá pagar por dichos servicios.

Este primer desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la salud ha sido calificado como en “equidad”(López, 2008), porque la Corte no se preocupó en sus órdenes por establecer la forma en cómo financiar la atención en salud que ordenó. Explica el autor que el racionamiento de la Corte parte de considerar a Colombia como un Estado Social de Derecho que tienen la obligación de pagar por dichos servicios.

Pero en su criterio es una jurisprudencia poco técnica, porque no permite “predecir” como van a intervenir los jueces en el sistema.

2. La jurisprudencia en la transición entre los sistemas de salud

El periodo de transición entre el Sistema Nacional de Salud (1975-1992) al Sistema General de Seguridad Social en Salud (1995 - a la fecha) causó dificultades en términos jurídicos sobre las normas aplicables, vacíos regulatorios y cómo se debía proceder en la prestación de los servicios. En este aspecto la Corte Constitucional en su momento jugó un papel fundamental. A través de sus sentencias estableció cuáles eran los criterios que se debían seguir para la prestación, cómo se debía interpretar las reglas de la ley 100 de 1993 y cómo el derecho a la salud se debía aplicar en clave humanista y solidaria según el espíritu del constituyente del 1991. De esta forma la Corte permitió que se garantizara el derecho por encima de las interpretaciones excluyentes y limitantes del derecho a la salud dirigidas a su negación hechas por los actores del sistema, dándole primacía al derecho a la salud.

Esta labor de la Corte se evidencia en la sentencia de unificación SU-043/95 con ponencia de Fabio Morón Díaz. En esa sentencia la Corte unificó la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela para niños y niñas y las reglas sobre la cobertura familiar que estableció la ley 100 de 1993.

En este caso se trataba de una niña que había sido evaluada por los médicos estableciendo que padecía de: “*poliquistosis renal congénita, esclerosis tuberosa, síndrome convulsivo, hernia umbilical, ovario poliquístico derecho, verruga vulgar índice izquierdo, insuficiencia renal crónica secundaria a la poliquistosis renal y astigmatismo ocular*”, por lo que el diagnóstico de la niña era incurable. En este sentido, el Instituto de Seguros Sociales argumentó que ante el vacío regulatorio de la ley 100 de 1993, aplicó el decreto 770 de 1975 que establecía que ante enfermedades que no fueran curables no se podía seguir brindando atención.

La madre de la niña manifestó que se desempeñaba como operaria y devengaba un salario que no era suficiente para cubrir todas las necesidades de salud de su hija. Sin embargo, como la niña requiere la atención, se encontraba pagando los servicios en una clínica privada, pero que no está recibiendo toda la atención que demanda su estado de salud.

El juzgado sexto laboral del circuito de Medellín negó la acción de tutela. Usando como fundamento central de su decisión el artículo 26 del decreto 770 de 1975, como norma aplicable al caso, el cual reza: *“Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo del asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo a todas las prestaciones asistenciales necesarias cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación”*. Consideró en su momento que la actuación de hospital se hizo conforme a las normas vigentes y aplicables al caso concreto.

El análisis de la Corte Constitucional en este caso se remontó a la reforma constitucional de 1936, que consagró un reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores, que eran elementos normativos que reflejaban un *“compromiso entre clases sociales”*, que tenían como antecedentes la Constitución de Weimar en Alemania y la Constitución mexicana de 1917.

Bajo la teoría del *“Estado Social de Derecho”*, citando a Herman Heller, la Corte indicó que este concepto parte del reconocimiento del *“conflicto entre capital y trabajo”* y la intervención del Estado en la economía para prevenir las crisis económicas. Explicó entonces que de este contexto surge la noción de asistencia pública, y que la norma de 1975 se explica por la fuerte carga prestacional que tenían los patronos con sus trabajadores, por lo que era necesario imponer límites a la atención en salud, justificando de esta forma que a los pacientes incurables no se les podía brindar más atención en salud.

Pasando al régimen constitucional de 1991, la Corte explicó que para el caso especial de los niños la Constitución en su ánimo solidario y humanista consagró que para este grupo poblacional la salud es un derecho fundamental (artículo 44), y en tal medida, susceptible de protección a través de la acción de tutela. Zanjando las dudas sobre la cobertura familiar, la Corte explicó que esta fue definida por el artículo 163 de la ley 100 de 1993, norma que entró en vigencia desde el primero de enero de 1995, lo cual implicaba que la afiliación de la madre de la niña cubre la atención médica tanto de ella como la de su hija, por lo tanto no existe un vacío legal sobre este aspecto, como lo argumentó en su defensa el Instituto de Seguros Sociales.

La Corte Constitucional analizó que a diferencia de la regulación anterior que exigía un diagnóstico de posible curación, bajo el nuevo sistema, la exclusión del POS se da en términos en que se “*sufra una enfermedad para la cual no existan posibilidades de recuperación*”, como lo dispuso el decreto reglamentario 1938 de 1994 en el artículo 15 literal m). Acudiendo a diccionarios médicos especializados la Corte Constitucional estableció que el nuevo criterio es más amplio, porque no exige la eliminación de la enfermedad, sino que se entiende por fuera del POS cuando no existan posibilidades de recuperar, recobrar o restablecer la salud del paciente, mediante procedimientos médicos o quirúrgicos. Tras este análisis, en dicha sentencia se concluyó de forma tajante que:

“Lo dicho significa que las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del Plan Obligatorio de Salud no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente.”

Unificando su criterio, la Corte citó la sentencia de T-020/95 del magistrado Alejandro Martínez Caballero que estableció la definición del término curación para el derecho. Al respecto la sentencia dispuso que: “*aún en estados terminales, el*

ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término curación". La Sala Plena de la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en materia de atención en salud sobre cobertura familiar, un aspecto de competencia del Ministerio de Salud pero que en su momento no resolvió. Aquí la Corte Constitucional no sólo solucionó el caso concreto, sino que estableció una línea puntual sobre la regulación del sistema de salud de la ley 100 de 1993.

Uno de los mayores conflictos con el sistema y que van a marcar el desarrollo del litigio constitucional en salud es el financiamiento de los servicios de salud que no se adecuan al modelo económico del sistema de salud. En este periodo de puesta en marcha del sistema, en la sentencia T-114 de 1997 ilustra este punto. En esta sentencia, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, junto con Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz revisaron la acción de tutela interpuesta por Aída Reyes Vargas, una trabajadora de la Cooperativa de Trabajadores de Personal Cootransper Ltda, que devenga un salario de \$240.000, que era su único sustento económico.

En abril de 1996 le diagnosticaron cáncer de seno y se sometió al tratamiento respectivo. Para continuar con el segundo ciclo de tratamiento, la EPS Compensar a la que estaba afiliada, indicó que no cubre el valor de los medicamentos y sobre los servicios profesionales sólo reconoce el 52% , dado que la señora Aidé no alcanza a cumplir los dos años de afiliación que exige el sistema de salud para acceder al POS.

El Tribunal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala de Familia, negó la tutela. Explicó que los tratamientos de alto costo están sometidos a periodos mínimos de cotización al sistema. Además explicó que se está recibiendo la atención requerida y la EPS está asumiendo el 52% del valor de su tratamiento. La segunda instancia le correspondió a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria que confirmó el fallo. Argumentó que el POS está

sometido a una serie de reglas, una de ellas, los periodos mínimos de cotización, por lo que *“el excedente no cubierto por la empresa promotora de salud debe ser pagado por la peticionaria en la medida de sus posibilidades”*

Reiterando decisiones anteriores, la Corte Constitucional indicó que la seguridad social en salud no es un derecho fundamental de aplicación inmediata. Pero cuando *“resulta imprescindible para la protección de otros derechos considerados esenciales e inherentes a la persona humana”* o se afecten derechos fundamentales como la vida, integridad personal es procedente el amparo.

No obstante, para la Corte Constitucional no existió una actuación en contra de la ley por parte de la EPS, ya que su manifestación de cubrir parcialmente el costo del tratamiento está amparado por la ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias. Este fue el análisis de la Corte:

*“Entendidas así las normas, tanto la negativa de una entidad promotora de servicios de salud de dar a una persona, que no ha cotizado el tiempo señalado por la ley, la asistencia que se requiere para un tratamiento médico, como la de no reconocer el pago de medicinas no incluidas en el “Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica”, **no puede calificarse de suyo como fuente injustificada de lesión de los derechos fundamentales del usuario, como quiera que, en principio, estaría actuando conforme a la ley que regula la prestación del servicio”**.*
[énfasis nuestro]

Desde la perspectiva jurídica que articula la Corte Constitucional no hay actuación reprochable de la EPS que se ha sometido a los dictados de la norma, dado que si la persona no cuenta con los recursos económicos para cubrir el 48% restante del costo del tratamiento, sucumbiría ante su enfermedad. La Corte explicó que si bien existe otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso sería una controversia contractual entre el cliente y la EPS, esta vía procesal no es idónea para la efectiva protección de los derechos fundamentales. Toda vez que su

condición de salud requiere de un tratamiento inmediato, y acudir a ese otro mecanismo puede tomar mucho tiempo y generar el deceso de la accionante, citando la sentencia T-533/96 donde se dio la misma interpretación.

Frente al problema jurídico del caso la Corte Constitucional consideró que las instituciones del caso están dispuestas a prestar los servicios, según las normas que rigen al sistema de salud, por lo que la EPS sólo cubre el 52% del valor del tratamiento. Teniendo en cuenta que el salario de la accionante resulta insuficiente para cubrir el costo restante, y la protección que reclama se trata de un caso de necesidad que amenaza su derecho al mínimo vital, la Corte Constitucional ordenó exonerar del pago a la accionante. Estos gastos adicionales en que incurra la EPS, los podrá repetir ante la *“Nación Colombiana”*, con cargo al fondo de reconocimientos de enfermedades catastróficas y otros recursos con destino al POS, o en último caso al presupuesto del Ministerio de Salud Pública.

Este último aspecto, la repetición para que pague el Estado por los servicios de salud de la accionante está relacionado con la consideración de la Corte Constitucional de entender que no existe una actuación reprochable hacia la EPS, que está actuando con estricto seguimiento a la ley. Pero ante la eventual vulneración de los derechos fundamentales por no tener los recursos económicos, dichos valores debían ser asumidos por el Estado, con cargo a los fondos como el de enfermedades catastróficas para este caso. Este es un antecedente remoto de los denominados recobros por vía de tutela. Esta será la puerta de entrada al derecho útil al capital a favor de las EPS para incentivar de forma masiva la utilización de la acción de tutela, que responde a una preocupación legítima de los jueces constitucionales sobre cómo financiar bajo el esquema del sistema de salud, los costos económicos de sus decisiones, pero que será un espacio de oportunidad para que las EPS avanzaran en imponer un derecho útil al capital a través de este mecanismo para la protección del derecho a la salud.

3. Las primeras decisiones hacia la normalización de la justicia en salud

En 1997 la Corte Constitucional emitió dos sentencias de unificación hacia la tecnificación de su jurisprudencia en salud y definió criterios más estrictos para la procedencia de la acción de tutela. A su vez, evidenció una preocupación por la comprensión global del sistema de salud con el fin que sus decisiones no afectaran el equilibrio financiero del sistema de salud, sobre todo en los casos en que los servicios que eran ordenados por el juez constitucional no estaban incluidos dentro del POS.

3.1. El derecho a la salud en conexidad con el mínimo vital

La primera sentencia es la SU-111 de 1997 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz. La acción de tutela se dirigió contra el acto administrativo de la Caja Nacional de Previsión –Seccional Chocó- que suspendió los servicios de salud de Celmira Waldo de Valoyes. La Caja argumentó que la señora Celmira no tenía derecho a recibir los servicios de salud por cuanto fue declarada insubsistente, no tiene reconocida una pensión de invalidez, y la entidad cumplió con el fallo que le otorgó este derecho por varios años, y ahora Cajanal es una EPS que no cuenta con recursos para atender la demanda de salud de la accionante.

El argumento de la Corte Constitucional parte de la definición del Estado Social de Derecho que demanda de las instituciones públicas la formación de un mundo comunitario que brinde las condiciones “*materiales*” para gozar de una igual libertad. Con este objetivo se consagraron en la constitución de 1991 los derechos económicos, sociales y culturales. Para la Corte, el foro democrático es el lugar natural para que las distintas decisiones para la actualización y concreción de los derechos sociales.

La Corte Constitucional argumenta que le corresponde al legislador ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual se debe crear toda una serie de mecanismos que estén dirigidos a la satisfacción de los derechos sociales. Pretender a través de litigios individuales que los jueces constitucionales tengan a su cargo la concreción de estos principios, extraería al juez del ordenamiento jurídico, y lo sobrecarga en sus funciones, y a su vez no se permite que operen los mecanismos de fiscalización y control público sobre este tipo de decisiones en cabeza de la ciudadanía.

Bajo estas premisas la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social tiene un alto contenido prestacional y una relación directa con la conservación de la vida orgánica. Pero este hecho no lo convierte en un derecho fundamental de aplicación inmediata. Para la Corte Constitucional en esta sentencia se traza una diferenciación entre derechos fundamentales de aplicación inmediata, como la vida, que establece una prohibición absoluta frente al Estado y los particulares de disponer de la vida humana, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son prestacionales, y demandan que el Estado y los particulares procuren de su realización, dadas las condiciones materiales que estos requieren.

Según la Corte Constitucional una justificación que apoye la diferenciación entre tipos de derechos, radica en las dificultades que encuentra un juez constitucional al resolver las demandas de los derechos sociales. En primer lugar, la realidad procedimental circunscribe al juez al caso concreto. Esto lo limita y no le permite que en su decisión, de justicia económica, se amparen a todas aquellas personas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica idéntica frente a quien está demandando, por ejemplo, servicios de salud. La actuación del juez por proteger una situación concreta, terminaría soslayando el derecho a la igualdad de los demás. El juez no tiene la capacidad de conocer el costo final de su decisión y si existe efectivamente la capacidad para su financiamiento. Por lo tanto reafirma su

conclusión en que los derechos sociales son materia del legislador. Al respecto se dispuso en la sentencia:

“La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político”.

Para la Corte Constitucional, el Estado Social de Derecho no puede prescindir del proceso democrático y la definición de las políticas públicas y su implementación. Los derechos sociales no se pueden apoyar exclusivamente en los jueces constitucionales que ordenan su protección, sin ningún fundamento legal y presupuestal, lo que para la Corte conduciría hacia un *“Estado judicial totalitario”* que desconoce las funciones de las demás instituciones del Estado y el papel de los ciudadanos *“como dueños y responsables de su propio destino”*.

En consecuencia la Corte Constitucional en esta sentencia cerró la amplia vía interpretativa que se estaba desarrollando sobre el derecho a la salud. En su decisión la Corte pasó a adoptar criterios precisos para determinar cuándo la salud puede ser considerada como un derecho fundamental. En dicha oportunidad la Corte redefinió la interpretación de la conexidad con un criterio más exigente, el del *“mínimo vital”*. De esta forma se pretendió reducir la tutela para aquellos casos en donde la pretensión era absolutamente imprescindible para la conservación de la vida, en palabras de la Corte:

“El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”.

Desde la noción del mínimo vital, entendido como las condiciones materiales moleculares que le permitan a la persona no sucumbir ante la enfermedad, la salud adquiere el carácter de un derecho fundamental y debe ser protegido por la decisión del juez constitucional. El mínimo vital, caracterizado por la dogmática constitucional como un derecho fundamental innominado que en un principio permitió una apertura de los postulados de los derechos sociales (CIJUS, 2002; Lemaitre, 2005), en este contexto tuvo como función específica de acotar el derecho a la salud.

3.2. El análisis sobre el pago de los servicios no POS

Uno de los aspectos más sensibles sobre la judicialización de la salud es la entrega de servicios de salud por fuera del esquema regulativo y de financiación por una orden de los jueces constitucionales. Este ha sido un punto nodal en la crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por las consecuencias que los críticos derivan de dichas decisiones. La interpretación de la Corte Constitucional a partir de la estructura del sistema de salud fue crear el mecanismo de “recobro”, como un derecho que tienen las aseguradoras para recuperar el gasto que superaba el esquema contractual fijado en el POS.

La sentencia SU-480 de 1997 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero dispuso explícitamente el mecanismo de recobro para los servicios por fuera de los servicios del POS. Esta sentencia denotó el carácter modulador del máximo juez constitucional, en donde se adoptan decisiones más amplias y generales que supera el margen que imponen los casos concretos y que dan cuenta de la ausencia del Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud y demás instituciones definidas por las normas como competentes para la toma de este tipo de decisiones y la atención de estos procesos.

En esta sentencia, la Corte Constitucional acumuló siete expedientes por la coincidencia de sus hechos y el derecho que se buscaba proteger. En términos generales, se trataban de personas diagnosticadas con SIDA, a quienes les negaron los tratamientos antiretrovirales por no estar incluidos en el POS. El problema jurídico central de esta decisión fue formulado por la Corte Constitucional en la siguiente pregunta: *“quién debe financiar los medicamentos relacionados con enfermedades catastróficas, como el sida, cuando dichos medicamentos no se encuentran en los listados aprobados por el gobierno”*.

Para resolver el asunto, la Corte Constitucional recibió diversos conceptos de los actores del sistema para una mejor comprensión global sobre los problemas del sistema de salud. La opinión de las EPS que manifestaron las dificultades por la falta de actualización real de la UPC rechazando que su incremento se viniera desarrollando por el mecanismo automático de ajuste al índice de precios al consumidor (IPC). El concepto de ACEMI se centró en las dificultades del sistema y la necesidad de que los actores asuman sus responsabilidades; el Ministerio de Salud expuso el cálculo del costo de tratamientos antiretrovirales y los mecanismos de financiación dispuestos por las normas del sistema de salud; y el Ministerio de Hacienda explicó como se prevee en las normas el equilibrio financiero del sistema.

Para este análisis la Corte partió de algunos antecedentes. En primer lugar consideró que dentro del marco del Estado Social de Derecho las normas legales y reglamentarias no pueden estar dirigidas a restringir el derecho, sino que sus desarrollos para la *“optimización”* del derecho, con el fin de hacerlo eficaz. Sin embargo, la Corte precisó que se podría limitar el derecho, siempre y cuando con ello no se afecte su núcleo esencial.

El segundo aspecto que puntualizó, enmarcado en su decisión anterior, SU-111, es que la salud no es un derecho fundamental autónomo. Se trata de un derecho prestacional y sólo bajo condiciones excepcionales y cuando exista una afectación

inminente del derecho al mínimo vital es procedente la protección del derecho a la salud, siempre y cuando se logre verificar la conexidad con un derecho fundamental de aplicación inmediata.

Explicó que por autorización constitucional, se delegó a los particulares la prestación del servicio público, en lo concerniente al POS. Sin embargo, según la Corte, **“eso no excluye que la entidad aspire a obtener una ganancia. Así está diseñado el sistema”** [énfasis nuestro]. Lo cual resulta compatible con el carácter parafiscal de los recursos para financiar el sistema de salud, que tiene una destinación específica, en tanto son: *“recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos”*.

El otro aspecto que analizó la Corte en la relación Estado – EPS es el monto para la financiación de los servicios POS, definido en la UPC. Cuando el Estado permitió que se desvalorizara la UPC, alteró las reglas y el equilibrio financiero del sistema. Desde la teoría de la contratación pública, la Corte Constitucional estableció que existe un derecho a favor de las EPS de asegurar el *“mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera”*. También encontró la Corte que la compensación para la financiación del sistema sólo lo estaban realizando las EPS privadas. La justificación fue la falta de información y la confusión del tránsito de las cajas, fondos o entidades públicas al esquema de las EPS.

Por otra parte, la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, elemento fundamental para el financiamiento del sistema, se encontró desfinanciada por la Corte. Desde 1994 a 1996 la ley 100 dispuso que el presupuesto nacional debía asignar *“por lo menos el equivalente a un punto de cotización de solidaridad del régimen contributivo”*, sin que se dieran dichos aportes. En 1997 la ley 344 de 1996 redujo el aporte a medio punto, y el Estado tampoco hizo dicho pago.

Pasando a la relación paciente – EPS – Estado, la Corte señaló que en reiteradas oportunidades ha ordenado el suministro de antiretrovirales a pacientes enfermos de vih/sida, según la orden del médico tratante. También reiteró la definición de curar, que no se limita a exterminar la enfermedad, o de lo contrario se descartaría cualquier tratamiento para lograr un resultado favorable. Según la Corte, el paciente *“tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, si así lo desea, porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital”*.

A partir de la regulación del sistema de salud, la Corte Constitucional dispuso las primeras formulaciones de la que será su «regla útil al capital», para la tutela de servicios por fuera del esquema POS: a) Prescripción de medicamentos debe hacerla el médico tratante, adscrito a la EPS y estar por escrito; b) estar afiliado al sistema para obtener atención; c) cumplir con periodos mínimos de afiliación; y d) la falta del medicamento atente directamente el mínimo vital de quien solicita el amparo de su derecho.

En este último aspecto la Corte reiteró su argumento de *“justicia distributiva”* que encierra la petición de un medicamento o servicios por fuera del listado del POS. Su argumentación partió de reconocer que la actuación que niega este servicio actuó conforme al derecho y la ley. En segundo lugar, la Corte Constitucional considera que el *“deber de atender la salud y conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico”*.

En la sentencia la Corte se ocupó de analizar la regulación en salud y determinar si existe un derecho a cargo de las EPS para repetir contra el Estado por el valor de los servicios que entregó y no hacían parte del paquete de servicios del POS. Concluyó que los servicios no POS, se encuentran por fuera del esquema de

financiación (POS – UPC). La Corte consideró que la relación contractual que media entre el Estado y las EPS está regulado para unas obligaciones específicas y puntuales. Por lo tanto, si se avanza más allá de la regulación, para la Corte *“es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado”*.

En esta sentencia la Corte definió que la carga financiera no podía ser trasladada a la EPS que negó el servicio, ya que no se debía a una actuación negligente, sino una falla de todo el sistema. Según la Corte:

“si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén enlistado, luego se inaplica el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994 (...) no se puede atender contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido”.

De esta forma se configura la interpretación de la Corte de entender que la ausencia de un determinado medicamento o procedimiento del paquete POS no responde a una actuación reprochable de la EPS, sino del diseño del sistema. En consecuencia, los costos financieros de los servicios tutelados por fuera del POS debían ser reembolsados a la EPS, confiando en la capacidad de ahorro del sistema de salud a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, a la subcuenta de *“promoción de la salud”*, y que el reembolso de los valores con que se prestara el servicio se hiciera bajo el principio de celeridad, sin que se llegue a afectar el equilibrio financiero del sistema.

De esta forma y a partir de órdenes generales que superaban los elementos jurídicos del caso concreto, la Corte decretó una serie de medidas con el fin de resolver las dificultades identificadas en materia de financiación, de actualización del valor de la UPC, y el pago del Ministerio de Hacienda a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA. No obstante, no se evidenció un proceso de seguimiento

por parte de la Corte Constitucional a estas órdenes, y los efectos en el equilibrio financiero del sistema.

4. Los ajustes al sistema de salud a partir de la jurisprudencia constitucional

Ante el incremento del número de acciones de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud intentó frenar esta avanzada a través de los Comités Técnico Científicos (CTC). A través de la resolución 5061 del 23 de diciembre de 1997 la Ministra de Salud, María Teresa Forero de Saade, dispuso regular este nuevo elemento que se adicionaba al sistema. A dichos Comités se les asignó la función específica de atender las reclamaciones de los usuarios sobre *“ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial”* según el artículo 2 y el párrafo puntualiza al establecer *“en especial las condiciones y el procedimiento de medicamentos esenciales con criterios de costo efectividad que no se encuentren en el listado de medicamentos aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”*. Esto es, los CTC se encargaron de estudiar los casos específicos en donde eran ordenados medicamentos por fuera del POS.

El gobierno intentó canalizar los conflictos de la acción de tutela en salud a través de estos comités, para que no se tuviera que acudir a la acción de tutela para tener acceso a los medicamentos que estaban por fuera del POS. Además de los criterios técnicos y científicos, relacionados con la costo-efectividad y la medicina basada en la evidencia, la regulación sobre los CTC incorporó en su regulación los análisis de los jueces constitucionales sobre la protección del derecho a la salud. En el artículo 4 de la citada resolución⁵⁵ se fijaron los criterios para la autorización

⁵⁵ ARTICULO 4o. CRITERIOS PARA LA AUTORIZACION. El Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales. los siguientes criterios:

- (a) La prescripción de medicamentos no incluidos en el listado de Medicamentos Esenciales. sólo podrá realizarse por el personal autorizado.
- (b) Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva.

de los medicamentos por fuera del POS que siguió de cerca las reglas establecidas para ese propósito por la Corte Constitucional. Se destaca el criterio del literal (b) *“Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constatar en la historia clínica respectiva”*. Este criterio da cuenta del elemento de “mínimo vital” que se asumen como el paradigma de lo justo en salud. Los CTC se configuran en los criterios de la costo-efectividad.

Se trataba de una regulación coyuntural que se circunscribió únicamente a los medicamentos, por lo que el CTC carecía de competencia para el análisis y estudio de otros servicios de salud, uno de los vacíos regulatorios identificados por la Corte Constitucional en la sentencia T-760/08.

Los CTC fueron una instancia administrativa que las EPS reconfiguraron para que fuera útil a su capital, en tanto que fue utilizada en su momento por las EPS para imponer una barrera de acceso adicional a los servicios de salud, lo cual también fue demandado por vía de tutela y la Corte Constitucional estableció un precedente regulatorio sobre estos comités, su interpretación y alcance. Al respecto, la Corte indicó:

“6.1.2 En relación con los Comités Técnicos Científicos esta Corte reitera su jurisprudencia (i) en primer lugar, en el sentido de que estos Comités son instancias meramente administrativas cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivo el derecho a la salud de los usuarios a través de la prestación de servicios médicos no cubiertos por el POS; (ii) en

(c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que éste consagra. sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones, o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado de lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica.

(d) Sólo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país

(e) Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios. estos deben ser asumidos por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas.

segundo lugar, en el sentido de que son los médicos tratantes los competentes para solicitar el suministro de servicios médicos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud; (iii) en tercer lugar, en el sentido de que cuando exista una divergencia entre el criterio del Comité Técnico Científico y el médico tratante prima el criterio del médico tratante, que es el criterio del especialista en salud” (Corte Constitucional, C-463/98).

Ante las dificultades expresadas con los CTC, la ley 1122 de 2007 estableció una forma de sanción pecuniaria para las EPS que utilizaran los CTC como una barrera de acceso, y posteriormente, mediante decisión judicial, se obligaron a entregar el medicamento. En este caso, la norma previó que castigaba el recobro de las EPS al 50%. La disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-463/08, con ponencia de Jaime Araujo Rentería, analizó la norma y estableció que se incurrió en una omisión legislativa en la protección integral del derecho a la salud, toda vez que la norma se circunscribe a unos supuestos fácticos limitados, que no abarca de forma universal la protección que demanda el derecho a la salud. En ese entendido, condicionó la norma ampliando su rango de aplicación.

La sanción pecuniaria de reembolso a la mitad de los costos de los servicios no cubiertos se aplica también para tres casos adicionales no contemplados en la norma: 1) cuando la EPS sea obligada por acción de tutela a prestar no sólo medicamentos sino los demás servicios de salud ordenados por el médico tratante; 2) que la sanción también es aplicable para los casos no incluidos en los planes de beneficios de ambos regímenes, contributivo y subsidiado 3) y para cualquier paciente, y no sólo para los de alto costo.

Por otra parte, se dió un proceso de inclusión de nuevos medicamentos y procedimientos al POS, o de flexibilización de las exclusiones estrictas por vía administrativa a través de acuerdos del CNSSS. Se entabló una relación entre el “POS jurisprudencial” compuesto por el conjunto de medicamentos, tratamientos, y

servicios de salud que estaban por fuera del POS, pero que los jueces constitucionales amparaban a través de las sentencias de tutela y el listado de servicios POS fijado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El acuerdo 289 de 2005, flexibilizó las reglas de exclusión de las cirugías plásticas, maxilofacial y de otras especialidades siempre que tengan fines reconstructivos funcionales. Con este acuerdo se incluyeron al POS las cirugías reparadoras de seno; tratamiento para paladar hendido y labio fisurado; tratamiento para gran quemado. En este mismo sentido los acuerdos 302 y 313 del 2005; 350 de 2006 357, 368 y 380 del 2007 hacen una inclusión puntual sobre una serie determinada de medicamentos o procedimientos al POS. El Acuerdo 336 de 2006 hace una actualización parcial del POS para la inclusión de medicamentos antiretrovirales y otros para la atención del VIH/SIDA.

Sin embargo, las inclusiones puntuales a través de acuerdos del CNSSS da cuenta una vez más del derecho regulativo, fragmentario de la forma en como se actualiza el contenido de los servicios, que no responde a una actualización integral, de acuerdo al perfil epidemiológico, y las necesidades de salud de la población, sino que se hizo de forma desarticulada, en donde prevaleció la lógica del derecho útil al capital.

5. Las sentencias de reiteración: la producción fordista de la jurisprudencia en salud. El repliegue de la justicia constitucional al derecho útil al capital

El número de acciones de tutela desde 1999 hasta el año 2008 aumentó exponencialmente, según la Defensoría del Pueblo. En este periodo el número de tutela interpuestas fue de 1.951.341, de las cuales 674.612 estaban reclamando el derecho a la salud (Defensoría del Pueblo, 2009). Este uso masivo de la acción de tutela generó a su vez una igual respuesta de los jueces, que aquí denominamos producción fordista de jurisprudencia en salud en todos los niveles de los jueces constitucionales, hasta el máximo intérprete, la Corte Constitucional, a partir de «la

regla útil al capital» que construyó la Corte en su interpretación que además facilitó la masiva avalancha de jurisprudencia en salud.

Este ha sido un punto de tensión dentro de la dogmática jurídica sobre el papel que debe desempeñar la Corte Constitucional, y está directamente relacionado con su poder de revisión de las decisiones de los jueces de instancia y el procedimiento de selección al interior de la Corte Constitucional. De acuerdo con el diseño de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional tiene a su cargo la guarda y supremacía de la Constitución. Para ello, el decreto reglamentario 2591 de 1991 le confirió la facultad de revisión de las decisiones de los jueces de instancia en el trámite de la acción de tutela. De esta forma, la Corte Constitucional ejerce un poder discrecional, sin motivación expresa y según su criterio para decidir cuáles procesos de tutela van a ser revisados por sus salas, con el fin de corregir las decisiones de los jueces de instancia, ampliar precedentes, unificar jurisprudencia entre otros aspectos técnico jurídicos, con el fin de cumplir con la garantía de la Constitución.

Todas las acciones de tutela interpuestas en el país llegan a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Sin embargo, como lo ha reiterado la Corte no se trata de una tercera instancia, sino una revisión y unificación de jurisprudencia, al respecto el Auto 034/96 indicó:

“La revisión eventual por parte de esta Corte no configura una tercera instancia. Su sentido y razón consisten en asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, corrigiendo de paso, si hay lugar a ello, las desviaciones y errores provenientes de equivocadas interpretaciones y decisiones judiciales”.

La sentencia C-1716/00 explicó el proceso de selección de las tutelas para revisión al interior de la Corte Constitucional. El Reglamento Interno de la Corte Constitucional estipula que mensualmente son elegidos dos Magistrados que integran la Sala de Selección, la cual tiene a su cargo la selección de los expedientes que serán revisados por las Nueve Salas conformadas para dicho fin. Para llevar a cabo esta tarea de selección, la Secretaría General de la Corte Constitucional le suministra a los magistrados reseñas esquemáticas de todos los expedientes que llegan a la Corte Constitucional. La sentencia describe la reseña en los siguientes términos:

“Esa reseña es el sucinto y conciso recuento de cada proceso, resultado de un cuidadoso examen del expediente: el encargado de analizar el caso, a más de consignar sus datos básicos de identificación (nombre del actor, demandado, derecho invocado, hechos de la demanda) revisa los fallos de instancia, las pruebas en que se sustentan, y realiza una anotación en caso de encontrar una posible violación a los derechos fundamentales de quien interpone la tutela”.

En caso de no ser seleccionada la acción de tutela, es posible tramitar un procedimiento de «insistencia» a través de cualquier magistrado, o el Defensor de Pueblo, que luego se extendió al Procurador General de la Nación, para que en la siguiente Sala de Selección se estudie nuevamente el caso que amerite su revisión por parte de la Corte Constitucional.

El Consejo Superior de la Judicatura, encargado de los asuntos administrativos de la Rama Judicial, así como proveer estadísticas y evaluar el desempeño de los jueces no ha emitido una cifra cierta sobre el número de tutelas que son revisadas por la Corte Constitucional, y las cifras disponibles son contradictorias. Según Cepeda (2007a, p. 107) en el periodo 1992-2004 del total de acciones de tutelas interpuestas en el país, la Corte Constitucional revisó el 2.2%. Jaramillo y Barreto

(2010) argumentan que un 0,67% de tutelas es efectivamente revisada por la Corte Constitucional.

En mi experiencia personal como auxiliar judicial de un Magistrado logré conocer más a fondo el proceso del ejercicio del poder discrecional de la Corte Constitucional para el trámite de la selección de expedientes. Ante el elevado número de acciones de tutela, la Corte se apoya en estudiantes de derecho de los últimos años para cumplir con su requisito de grado, siendo un trabajo no remunerado. Los estudiantes tiene a su cargo revisar todos los expedientes que llegan a la Corte, y bajo la guía y supervisión de los magistrados auxiliares, examinan los expedientes, y sólo de aquellos que en su criterio ameritan revisión se elabora una ficha con el resumen del caso. A partir de estos resúmenes, los magistrados encargados de la Sala de Selección realizan un nuevo examen de los casos con el fin de seleccionar el conjunto de expedientes que van a ser objeto de revisión.

La dogmática constitucional no sólo ha criticado la idoneidad del proceso de selección (Agudelo, 2010; S. I. C. Jaramillo & Barreto, 2010; C. N. López, 2005; Ossa, 1005), en tanto que el primer filtro de los expedientes de tutela esté a cargo de estudiantes de derecho, sino también el criterio que debe primar en este proceso y la cantidad de expedientes a revisar. Se ha argumentado que ante el elevado número de expedientes que pasan a revisión por la Corte Constitucional, se ha desnaturalizado la instancia de revisión, convirtiendose en la práctica en una tercera instancia. Los criterios de selección deben responder a una política jurídica de selección bien definida en relación a ciertos precedentes, casos nuevos, y unificación de la interpretación, pero no para casos reiterativos como el del derecho a la salud.

Sin embargo, en el contexto colombiano en donde existe una vulneración masiva de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional se ha ido constituyendo en un importante espacio para la protección y lucha de las reivindicaciones para

hacer efectivos dichos derechos. Por lo tanto, ante el contexto de negación de los derechos, en especial de los sociales, debe primar el criterio de la justicia material, sobre las consideraciones de carácter técnico jurídico, en tanto que el máximo intérprete de la Constitución no puede ser indiferente ante la vulneración de los derechos fundamentales, o malas decisiones de los jueces de instancia que no ampararon derechos fundamentales y persiste la vulneración.

Este último es un criterio que prima al interior de la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud, en tanto que ante el elevado número de acciones de tutela, la Corte Constitucional a su vez seleccionó para revisar los expedientes relacionados con el derecho a la salud (E. M. J. Cepeda, 2007a, pp. 112-113).

Ante la masificación del uso de la tutela para la defensa del derecho a la salud y las peticiones reiterativas, la Corte Constitucional construyó una regla estandarizada a partir de la cual se analizaban las circunstancias del caso concreto y se reiteraban las consideraciones jurídicas para resolver el caso concreto. En mi experiencia personal al interior de la Corte Constitucional experimenté la producción “fordista” de sentencias en salud. Bastaba con identificar las circunstancias fácticas de vulneración del derecho a la salud (premisa menor), reproducir el precedente de la forma más concreta y sintética posible (premisa mayor) y aplicar el remedio constitucional a través de la orden a las entidades demandadas. Se trataba de una reducción de los casos al silogismo lógico deductivo, como «ilusión metodológica» (G. M. Calvo, 1994, p. 249) que daba una solidez y certeza sobre los fallos de los jueces, en donde personal de menor rango tenía la capacidad para elaborar un proyecto de sentencia (Agudelo, 2010).

Aunque la regulación sobre el mecanismo de acción de tutela no exige mayores formalidades para su interposición, que incluso es posible desde la letra de la ley interponerla de forma verbal, el desarrollo del derecho practicado da cuenta de

cómo para el caso de la salud se exige que el caso cumpla con una serie de condiciones para que sea procedente la protección, que viene definidos por la interpretación de la Corte. Con cada requisito de la regla la Corte Constitucional logró que su decisión se adoptara al sistema de salud, amparando la libertad de empresa, y en su criterio, la sostenibilidad financiera. Cuando una persona solicita la protección de su derecho fundamental de un servicio médico, el juez constitucional debe verificar en el caso concreto que se cumpla con las siguientes condiciones:

“1) que la falta de tratamiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos fundamentales a la vida, el mínimo vital; 2) que no exista un medicamento o tratamiento sustituto dentro del POS, o que de existir, no tenga la misma efectividad; 3) que el paciente esté en incapacidad económica de sufragar el costo del medicamento o tratamiento o que no pueda acceder a dicho tratamiento por medio de otro plan o seguro médico; 4) que el medicamento hubiere sido prescrito por le médico tratante adscrito a la EPS a la que está afiliado el paciente.”

A partir de esta regla general, los jueces constitucionales de todo el país desarrollaron una amplia jurisprudencia denominada por la Corte Constitucional como “reiteración”. A pesar de la masificación de la jurisprudencia, y su unificación en el criterio de análisis y aplicación de la regla, persistían dificultades a las que los jueces constitucionales debían enfrentarse con la interpretación desarrollada por la Corte.

Para los jueces constitucionales la regla construida por la Corte Constitucional le trasladó cargas administrativas que el sistema de salud debía resolver a través de la regulación, en especial sobre el contenido del POS. En varias oportunidades presencié dificultades al tener que manejar el MAPIPOS, solicitar asesoría a personal médico sobre casos concretos e intentar articular una comprensión coherente del complejo entramado regulativo del sistema de salud para determinar

si un determinado medicamento o procedimiento estaba incluido o excluido del POS, ya que una u otra vía era decisiva en la argumentación y la orden a impartir.

Un ejemplo de este tipo de dificultades se evidencia con la valoración constitucional que debían hacer los jueces sobre los exámenes de carga viral para personas portadoras del virus VIH/SIDA. En la sentencia T-398 de 2000 la Corte realizó una valoración “científico-médica-constitucional” y determinó que ese examen no estaba dirigido a la preservación de la vida del paciente, por lo tanto, no estaba enmarcado dentro de la regla definida, por no afectar el requisito de la conexidad de la salud con un derecho fundamental. Al respecto la Corte Constitucional realizó el siguiente análisis:

“El examen de carga viral que reclama el demandante es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre, que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente. En cuanto a la negativa de este examen de laboratorio, entonces, serán confirmadas las decisiones de instancia”

Posteriormente, la Corte Constitucional va a superar dicha valoración, en la sentencia T-849/01 en donde a través de informes y opiniones médicas estableció que este examen si es indispensable para la protección del derecho a la salud en conexidad con la vida⁵⁶. Con este ejemplo se pretende ilustrar las dificultades que

⁵⁶ Los argumentos de la Corte Constitucional para llegar a esta decisión fueron los siguientes: La medición de la carga viral constituye un elemento fundamental para decidir la necesidad de iniciar tratamiento y controlar la respuesta a éste, tanto a corto como a largo plazo.

b) Hasta la fecha, la prueba de carga viral es el mejor y más objetivo método para evaluar si un tratamiento anti VIH sirve o no al paciente y, en consecuencia, cambiarlo o continuar con el mismo.

c) Un paciente bajo un tratamiento no efectivo no reacciona positivamente y podría progresar a SIDA.

d) De no estar sometido a un tratamiento idóneo el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando lo cual puede llevar a una falla virológica y un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones oportunistas.

e) Al no contar con el examen de carga viral, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado.

los jueces constitucionales, sin conocimientos médicos-científicos a través de la jurisprudencia en salud terminaron evaluando si un determinado procedimiento era o no indispensable para la garantía de la vida de una persona, en donde el juez terminó reemplazando al médico tratante.

6. Un intento minoritario de profundizar la normalización de la justicia en salud: las aclaraciones de voto de las sentencias T-1207/01 y T-654/04

La sentencia T-1207/01 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil se trató de una sentencia de “reiteración”, que como manifestó uno de los magistrados de la Sala era un caso fácil hasta para un estudiante de primer año de derecho. La Sala de Revisión de la Corte Constitucional acumuló tres expedientes en donde los accionantes estaban afiliados a la EPS Susalud y padecían del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). A dichos pacientes les fueron ordenados por sus médicos tratantes exámenes de carga viral, los cuales fueron negados por la EPS por estar por fuera del POS.

En sus consideraciones, la Corte reiteró su racionamiento de protección del derecho social a la salud en conexidad con la vida el cual tiene prevalencia cuando se pretende limitar *“bajo preceptos puramente económicos, aún contemplados en normas inferiores”*. La Corte encontró procedente reiterar «la regla útil al capital» y señalar la posibilidad que tiene la EPS de recobrar el valor de los exámenes ante el FOSYGA, con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de salud y con ello garantizar el derecho a otros afiliados.

Sin embargo, en dicha decisión, uno de los tres magistrados de la Sala Quinta de Revisión manifestó su inconformidad con el racionamiento del precedente reiterativo construido por la Corte para este tipo de casos. Rodrigo Uprimny Yepes⁵⁷, quien participó en la Sala Quinta de Revisión como magistrado

⁵⁷Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie - Francia, con un DSU (magíster) en Sociología Jurídica de la

encargado aclaró su voto en esta decisión, formulando una objeción a «la regla útil al capital» de la Corte Constitucional en materia de salud, que se enmarcaba en el debate más amplio de justiciabilidad de los derechos sociales. En su criterio, esta doctrina consolidada por la Corte Constitucional era necesario revisarla, por las dificultades jurídicas y políticas que planteaba, en tanto que la labor del juez constitucional ha sido avanzar hacia *“horizontes más justos”*.

Las dudas del magistrado estaban relacionadas con las críticas formuladas a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos sociales, principalmente por parte de los economistas, que en artículos académicos criticaban la labor de la Corte por los costos financieros de sus decisiones (Clavijo, 2001; Kalmanovitz, 2002). El magistrado Uprimny en su aclaración dio respuesta a dichos cuestionamientos, en defensa de la actuación de la Corte Constitucional con una postura reflexiva a fin de fortalecer las decisiones de esta corporación.

Una de las objeciones de los economistas a la jurisprudencia constitucional se centró en la afectación del derecho a la igualdad, por cuanto las decisiones de la Corte en un caso concreto no pueden ser universales para los demás, porque afectarían de forma grave el equilibrio financiero del sistema de salud. Otra de las críticas se concentró en el problema de la asignación de gastos en salud para resolver casos concretos por vía de tutela. Para los economistas esto afectó de forma grave las finanzas del sistema que pudieron dirigirse hacia el aumento de la cobertura de los sectores más pobres de la población. Concluyeron que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en salud estaba produciendo resultados inequitativos, toda vez que benefició a personas afiliadas al sistema, en perjuicio de los más vulnerables que aún no lo estaban, y terminaron siendo perjudicados por esta doctrina constitucional.

Universidad de Paris II, un DEA (magíster) en Socioeconomía del desarrollo de la Universidad de Paris I (IEDES). Tiene larga trayectoria académica e investigativa. Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional durante 11 años; durante varios meses ejerció la magistratura como magistrado encargado. Recientemente seleccionado como miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Dejusticia, 2014)

Los críticos de la jurisprudencia de derechos sociales estarían desde una perspectiva consecuencialista de los derechos fundamentales, que se concentran únicamente en las consecuencias que tienen su garantía y protección. Este enfoque está fundado en los análisis neoclásicos de microeconomía, como el caso de Richard Posner. Desde este enfoque se llega incluso a afirmar que la *“eficiencia es un adecuado concepto de justicia”*. Incluso, niegan el paradigma de los derechos por simples preferencias o intereses. Pero el magistrado considera que se trata de un enfoque insuficiente por reduccionista que no concilia los desarrollos del constitucionalismo contemporáneo.

La otra crítica que reseña el magistrado Uprimny es el vaciamiento de los procedimientos y debates democráticos sobre el uso y destinación de los recursos públicos. En su criterio, *“una sociedad pobre”* como la colombiana, no tiene recursos suficientes para garantizar los derechos sociales. Por lo tanto esta situación exige que *“la sociedad debe tomar decisiones trágicas, como reducir recursos para enfermedades de alto costo a fin de ampliar los programas de salud básica”*. Ante la falta de criterios objetivos para determinar el *“nivel óptimo y más justo de reparto de los dineros públicos”*, el magistrado considera que esta decisión le corresponde al Congreso de la República, que son las autoridades electas, las mejores dispuestas para tomar estas decisiones en un debate democrático, y no a los jueces.

La posición de la Corte, según Uprimny, se caracteriza como puramente deontológica, en una defensa absoluta de los derechos sin tener en cuenta sus consecuencias. Pero también considera que esta resulta ser insuficiente, ya que la defensa de forma absoluta de un derecho puede conllevar a la vulneración de otros derechos. Sin embargo, el magistrado considera que la regla de la jurisprudencia constitucional para el mantenimiento del equilibrio financiero del sistema, por la vía del recobro de la EPS, ARS al FOSYGA no soluciona el problema, dado que dichos recursos no son infinitos, y se están dejando de

atender otras necesidades como ampliación de cobertura, enfermedades de amplio costo, etc.

El magistrado plantó una propuesta para superar dicha regla jurisprudencial, tratando de conciliar el enfoque humanista y de protección de derechos con las críticas reseñadas desde las nociones de los derechos de “Rawls, Dworkin o Sen”. Su propuesta parte por retomar los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos económicos sociales y culturales, en especial, la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrollada en la Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (Art. 12) por el Comité de Derechos Económicos y Sociales.

Para Uprimny en este instrumento la salud es un derecho fundamental autónomo, por lo que implica una igualdad universal, en tanto debe ser garantizado a todas las personas. Sin embargo, no es exigible por parte del Estado la satisfacción integral del derecho a la salud de forma inmediata, por lo que la ampliación en su rango de protección debe ser de manera progresiva. En este sentido, el magistrado llega a una conclusión que le permite justificar decisiones tales como no suministrar tratamientos por su elevado costo económico, ya que no se vulnera el derecho a la salud, dado que su desarrollo es progresivo. En su criterio, *“no violaría el derecho a la salud que el Estado no suministrara un tratamiento de alto costo, incluso si este es necesario para preservar la vida de la persona, si ese servicio no ha sido incorporado al contenido progresivo del derecho a la salud”*.

Esta propuesta, en criterio de Uprimny, resulta muy sensible en la protección del derecho a la igualdad, pero implicaba un cambio drástico y abrupto del precedente desarrollado por la Corte Constitucional, que ha reiterado que las consideraciones económicas no son suficientes para no proteger el derecho a la salud cuando está comprometida la vida de la persona. Sin embargo, el magistrado considera que es posible conciliar ambas posiciones.

Para ello se parte de asumir la salud como un derecho fundamental autónomo, con un núcleo esencial compuesto por los servicios básicos que señala el artículo 12 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, que definen el conjunto de prestaciones básicas y primordiales en salud. Este núcleo esencial del derecho a la salud estaría compuesto por el listado de medidas para la garantía del derecho como bien público, en donde se incluiría:

- “a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y*
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.*

Una vez reconocida la salud como un derecho fundamental autónomo y definiendo el núcleo esencial del derecho con el contenido mínimo antes descrito, le corresponde al Estado ir ampliando su contenido en un desarrollo progresivo, con el fin de ir abarcando nuevos y mejores servicios de salud. De esta forma, para el magistrado se garantiza la libertad de las autoridades administrativas y legislativas para que lleven a cabo un debate democrático dirigido a establecer qué servicios forman parte del derecho fundamental a la salud, y como se va ampliando de forma progresiva.

Este debate democrático tendría dos limitaciones: 1) que debe estar orientado por la progresividad de los derechos sociales, por lo tanto, disminuir los grados de protección alcanzados generaría una presunción de inconstitucionalidad; 2) que todas las prestaciones “*necesarias para proteger la vida digna de las personas debe ser incorporadas a dichos planes*”, en donde se recoge la riqueza de la jurisprudencia constitucional.

En la sentencia T-654/04 el Magistrado encargado, Rodrigo Uprimny reiteró su aclaración de voto y avanzó en algunas consideraciones respecto al funcionamiento en la práctica de su propuesta de diálogo democrático en el debate sobre el contenido del derecho a la salud. En primer lugar, el juez de instancia debería resolver el caso concreto, según la urgencia que ello demanda, y posteriormente, establecer un proceso de “cargas argumentativas” en donde se involucren las diversas instituciones del Estado que están encargadas de la regulación y el control del sistema de salud.

En este sentido, el juez constitucional debe adoptar una visión macro del problema, y no concentrarse únicamente en el caso concreto y la enfermedad del accionante. El juez debe analizar las razones por las cuales un determinado tipo de medicamento es excluido del POS y cuál es su justificación. Para ello se propone la utilización de un “*test de razonabilidad con intensidad estricta frente a la exclusión de prestaciones que comprometan el derecho a la vida (riesgo de muerte)*” y “*test de razonabilidad con intensidad intermedia respecto a la exclusión de prestaciones que no ponen en riesgo de muerte a la persona pero son importantes para su salud y se acercan a lo que la Corte ha entendido como vida digna*”. A través de estos dispositivos metodológicos, el magistrado propone que se proteja i) la igualdad material, protegiendo al accionante pero también a todos los demás que potencialmente se puedan encontrar en la misma situación; ii) impulsar el debate democrático; y iii) controlar la arbitrariedad judicial, proponiendo un activismo moderado por parte de los jueces.

Aunado a lo anterior y para responder a la crítica sobre el carácter anti-democrático de las decisiones de la Corte Constitucional, el debate de la llamada “*dificultad contra-mayoritaria*” de la justicia constitucional, el magistrado expuso una propuesta procedimental aún más controvertible. Partiendo de su postura sobre la discusión democrática para el desarrollo progresivo del derecho a la salud, en su criterio, es posible que al interior del proceso judicial se instaure un procedimiento que sea respetuoso de las formas democráticas y republicanas para la toma de decisiones que involucran decisiones sobre el gasto del presupuesto público. El magistrado propuso que a través de un procedimiento dentro del análisis judicial, se instauren las formas democráticas y progresivas que demandan los derechos sociales, y la conexidad de la salud con la vida digna.

Su propuesta parte de considerar que no todo medicamento o servicio médico excluido del POS implique de forma automática una vulneración del derecho fundamental a la salud, o en conexidad con la vida digna. Por el contrario, el magistrado propone considerar que en ese caso opera una “*presunción derrotable*”, y en estos casos concretos, el juez constitucional se deberá dirigir ante las autoridades políticas con el fin de generar un debate democrático, en donde dichas autoridades justifiquen de forma exhaustiva dicha exclusión del POS. Luego, el juez evaluará dichas justificaciones y determinará si resulta suficiente y procede la protección de la salud por la tutela, y en caso de ser insuficiente la tutela deberá ser negada.

Esta propuesta, para Uprimny “*estimula el diálogo creativo*” entre el juez constitucional y las autoridades políticas encargadas del desarrollo progresivo de los derechos sociales en general y en particular para la salud. De esta forma el juez incita la deliberación pública, y en su perspectiva logra conciliar los derechos individuales, respetar el principio democrático, y obliga a justificar las inclusiones o exclusiones que da más elementos de juicio en un proceso de colaboración armónica entre la ciudadanía, los jueces constitucionales y las instancias de decisión política.

Para el magistrado su propuesta se complementa con la visión del modelo de protección de las minorías y la necesidad de que la justicia se centre en el reconocimiento, que es uno de los debates contemporáneos de la filosofía moral y la teoría política (Fraser & Honneth, 2006). Al ser el consenso de las mayorías un consenso imperfecto, lo justo en un régimen democrático es que se procure satisfacer de forma igualitaria los intereses de todos. La protección del juez constitucional debe concentrarse sobre las minorías de la discriminación. Para su modelo “dialógico” se debe justificar que la exclusión de un servicio del POS no responde a “categorías sospechosas”, esto es, discriminatorias.

Si bien en su momento fue una posición minoritaria la interior de las salas de decisión de la Corte Constitucional, la propuesta del magistrado Uprimny fue configurándose como el paradigma normalizador de la justicia en salud, a partir no sólo de formulaciones del derecho letrado, sino por los apoyos desde análisis académicos sobre el papel de la justicia constitucional para la salud y el modelo que adoptó la Corte Constitucional en la sentencia T-760/08 (Gargarella, 2011; Rodríguez, Garavito, 2012). En este sentido, la propuesta de Uprimny comparte el razonamiento del acto legislativo 3 de 2011 *“por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”* y las leyes 1473 de 2011 *“por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones”* y la ley 1695 del 17 de diciembre de 2013, *“por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*. Estas disposiciones sobre el principio de la sostenibilidad fiscal y el procedimiento del incidente fiscal afirman, desde el derecho letrado, fomentar la deliberación pública, y el diálogo entre las ramas del poder, ejecutivo, legislativo y judicial para hacer compatibles la interpretación constitucional con los ajustes macro-fiscales.

Bajo esta nueva regulación, las autoridades gubernamentales pueden solicitar que se adelante un incidente de impacto fiscal de decisiones judiciales que afecten el marco de la sostenibilidad fiscal. El juez constitucional tendrá que revisar las

órdenes de su fallo y adoptar medidas tendientes a no impactar de forma grave la finanzas públicas. El derecho practicado empieza a dar cuenta de una forma de atacar la protección de los derecho sociales que venían siendo protegidos por la vía del juez constitucional, afectando de forma directa la tutela en salud por su masiva utilización.

La propuesta de la aclaración de voto del magistrado Uprimny va a plantear una profundización de la normalización de la justicia en salud, reducida al derecho útil al capital. El supuesto “razonable” del que parte, en donde las economías desarrolladas tienden a una mayor protección del derecho a la salud, en contraposición de las economías menos desarrolladas es contra-fáctico y ahistórico. Basta con comparar el sistema de salud cubano con el sistema de salud norteamericano en donde esta relación no se sostiene. El resultado es que una de las sociedades con mayor desarrollo económico tiene una deficiente protección de los derechos sociales, en especial la salud, en comparación con Cuba, a pesar de su bajo desarrollo económico (Mooney, 2012). Con esto queremos resaltar que no es suficiente con el crecimiento económico para la garantía del derecho a la salud, sino que su protección y garantía exige decisiones políticas que acaben con el cercamiento de la salud como mercancía, y el reino de los muertos vivientes del capital, para que la salud y la vida sean afirmados como derechos reales y concretos, y no queden atrapados en la cárcel de la ciudad letrada.

La construcción de la interpretación del magistrado, a través de otra vía argumentativa, llega al mismo punto del BM y el BID sobre la salud como mercancía a partir de su diferenciación entre bien público y privado. El contenido de su propuesta, el derecho a la salud se circunscribe en su núcleo esencial, que es la definición de salud como bien público, que contiene los servicios de salud pública que generan un bienestar general para la comunidad como la estrategia de la APS, la atención de enfermedades infecciosas; prevención de enfermedades endémicas; educación, y la atención focalizada de población en alto riesgo por sus

condiciones de pobreza. El resto sería un desarrollo progresivo del derecho prestacional, es decir, bienes privados, a los cuales se accede a ellos a través del mercado. De esta forma el planteamiento del magistrado, a través de su análisis jurídico converge con el enfoque mercantilista del BM, el BID y el mismo sistema de salud, sólo que ahora se argumenta y justifica desde los tratados internacionales, las interpretaciones autorizadas sobre estos instrumentos y una sofisticada argumentación constitucional que traslapa la reducción de los bienes públicos a su mínima expresión.

Por otra parte, el contenido esencial del derecho a la salud que indica Uprinmy en su aclaración ya está incorporado dentro del diseño del mismo sistema de salud, a partir de las acciones de salud pública, en los Planes de Atención Básica, los programas de prevención y promoción de la salud y el plan decenal de salud pública. En este sentido, la propuesta del magistrado no puede ser considerada como un aspecto novedoso o un desarrollo dentro del paradigma garantista de los derechos sociales, sino que más bien constituye una construcción impecable de la argumentación desde la dogmática constitucional para legitimar ideológicamente una declaración de la salud como derecho fundamental limitado a la perspectiva de la gobernanza imperial de la salud como bien público.

Como juez constitucional el magistrado no supera los márgenes definidos por la ley 100 de 1993 para la garantía del derecho a la salud, ni tampoco avanza en una consideración crítica sobre el sistema, posible para el juez constitucional en tanto que debe establecer la primacía de la Constitución sobre la ley. El magistrado no toma en consideración el desarrollo del sistema de salud, por ejemplo aspectos como la concepción rígida y estricta del POS orientado hacia el cálculo capitalista; el incumplimiento del Estado en la financiación; el carácter parasitario de las EPS a través de la intermediación financiera; la captura de rentas por parte de los prestadores de los servicios de salud sin atender a la calidad del servicio; la explotación laboral a través de formas flexibles de contratación; entre otros elementos que estaban presentes en las discusiones públicas sobre el derecho a

la salud. Tampoco resultan relevantes los estudios que para la época criticaban la lógica mercantilista y de acumulación por desposesión de capital inherente al sistema de salud. El magistrado en su interpretación está limitado en el sistema de la ley 100, y no avanza en una jurisprudencia que tensione la lógica del sistema que no garantiza el derecho a la salud y la necesidad de pensar en otra forma de organización la prestación de los servicios.

Al no superarse los estrechos márgenes de la ley 100/93, su propuesta termina legitimando y apoyando el modelo al brindarle todo un detallado procedimiento y construcción constitucional sofisticada que permita establecer con exactitud cuándo una persona tiene o no derecho a los servicios de salud. Para el magistrado el modelo de la ley 100 de 1993 es completamente compatible con su comprensión del derecho a la salud, orientado por los *mínimos vitales*, de una vida digna reducida a mantener las necesarias condiciones vitales, pero que no se puede extralimitar, porque ya en ese caso se debe acudir al mercado y cubrir con recursos privados un mayor grado de protección de la salud. Incluso, brinda una construcción argumental para que el Estado justifique la falta de atención y la muerte de los usuarios, por superar los márgenes democráticos, deliberativos y dogmáticos en como el magistrado comprende el derecho a la salud.

La propuesta del magistrado Uprimny en defensa de la democracia en los casos de los derechos sociales resulta bastante compleja y desconoce los procesos burocráticos que ello implicaría. Las acciones de tutela de servicios no POS responde en parte a su carácter rígido y estricto, además de la lógica del modelo de mercado, la negación del POS es un mecanismo para la contención de costos de las EPS, con el fin de la acumulación de capital. La propuesta de Uprimny demandaría que en cada caso concreto se deben exponer las razones de la exclusión, y luego examinar si dichas razones están justificadas o no, lo cual implicaría que para dichos casos, se adelantara una forma de incidente, en donde se desarrollaría el debate democrático que explicó el magistrado.

A pesar del tiempo relativamente corto que tiene la acción de tutela en su resolución en comparación con los demás procedimientos judiciales, 10 días para su respuesta en primera instancia, 20 días en la segunda instancia, y 90 días si es seleccionada para revisión ante la Corte Constitucional, este incidente implicaría que la orden del juez no puede ser cumplida hasta que se desarrolle el debate democrático. Lo cual demandaría la imposición de un término en donde las entidades concurren a dar respuesta sobre el caso concreto. Sin embargo, este debate democrático puede llegar a ser postergado ampliamente, teniendo en cuenta el desarrollo histórico de la burocracia en Colombia, que incluso, al máximo juez de la Corte Constitucional en sus debates sobre el cumplimiento de sus sentencias no ha logrado obtener a tiempo y de forma completa y ordenada las respuestas sobre el cumplimiento de sus órdenes.

Además, su propuesta de estimular el debate democrático llega hasta el punto de exponer ante el juez los diversos argumentos sobre un caso concreto. Pero quien tiene la última palabra es el juez constitucional, el juez hércules, que toma la decisión final. Desde su posición privilegiada tiene la capacidad para valorar de forma imparcial todos los argumentos de las partes y finalmente decidir cuál de ellas presenta una argumentación suficiente, que incluso puede derrotar el derecho a la salud y la vida y la dignidad humana, por el beneficio de la mayoría; sacrificios sociales que deben operar en la sociedad democrática y capitalista, pero que en ningún momento se ve como un crimen del capital y los abogados neoliberales, como lo ha argumentado Vega para el caso de los economistas (Vega, 2010).

Esta preservación del debate democrático ha sido ampliamente reconocida y catalogada como una posición respetuosa de las formas republicanas que adopta el Estado, ampliamente valorada por los estudios del litigio en salud (Gargarella, 2011). Sin embargo, el fetichismo democrático, pierde de vista el desarrollo que han tenido la democracia en Colombia, que sólo se centra en los procedimientos y trámites burocráticos adicionales para el acceso a los servicios de salud, pero que

no toman en cuenta por ejemplo el desarrollo anti-democrático del sistema de salud.

La propuesta del magistrado resulta poco sensible a la violencia impartida por la ley 100, del modelo de salud amparado en la legalidad/letal, que termina poniendo en juego el derecho fundamental a la vida cuando se debe primar el trámite burocrático sobre la protección efectiva de la salud, el cual supuestamente garantiza y protege la deliberación democrática. Este enfoque que se presenta como crítico del análisis económico del derecho y del formalismo jurídico, con un profundo sentido humanista y progresista, no es sino una defensa a ultranza de la social-democracia que busca darle al capitalismo un “rostro humano”, a través de este tipo de propuestas. Las aclaraciones de voto ejemplifican de manera clara el razonamiento del consenso (pos)neoliberal y el intento por profundizar la normalización de la justicia constitucional.

Una teoría jurídica aparentemente “crítica” con un análisis jurídico desde la realidad social construida por el magistrado, termina justificando legal y constitucionalmente la destrucción de la salud de los sujetos individuales y colectivos.

7. La cooptación de la tutela por parte de las EPS. El problema de los recobros

El incremento de las acciones de tutela no respondía únicamente a las acciones de los sujetos a quienes se les vulneraba su derecho a la salud. Diversos actores del sistema encontraron en la jurisprudencia de la Corte Constitucional un mecanismo no contemplado en la estructura del sistema de salud, para la captura de rentas y la acumulación de capital. Compañías farmacéuticas en relación estrecha con médicos tratantes y pacientes han presentado casos ante los jueces constitucionales para que se tutelen los medicamentos de alto costo que está por fuera del POS, pero que el Estado se obligaba a financiar por la decisión judicial.

Asimismo, IPS que demandaban los tratamientos en una institución específica, con el fin de obtener rentas de la prestación de dicho servicio, mientras que al mismo tiempo el juez ampara el derecho a la salud.

Pero el caso más reiterativo era la cooptación de la tutela por parte de las EPS. Con el fin de obtener doblemente el pago de los servicios prestados, obligaban a sus afiliados a interponer una acción de tutela. De esta forma, con el fallo judicial, la EPS recobraba al Estado los servicios prestados, pero que en varias oportunidades, eran servicios ya financiados por estar dentro del POS.

El crecimiento de los recobros al FOSYGA en el desarrollo del sistema de salud ha sido excesivo. En el periodo comprendido entre 1997 hasta el año 2000, los recobros alcanzaron un valor de \$4.244 millones de pesos, pero que *“en el año 2002 pasaron a \$56.174 millones y llegaron a \$2.236.120 millones el año 2010 ya sea por vía Tutela o los denominados Comités Técnicos Científicos (CTC)”* (Contraloría Delegada para el sector social, 2012, p. 54). Este incremento también se debe a las redes corruptas instauradas en el Ministerio de la Protección Social y en el consorcio FOSYGA, para el cobro de comisiones, presentar cuentas de personas inexistentes, aumentar de forma desproporcionada el sobre costo de los medicamentos, avalar facturas en varias veces, y recobrar procedimientos no efectuados (Rodríguez, 2011). En este mismo sentido, lo dispuso la Corte Constitucional en las conclusiones a la audiencia de cumplimiento de la sentencia T-760/08 llevada a cabo el 10 de mayo de 2012. En dicha oportunidad expuso el magistrado:

“Esta Corte evidencia que el alto grado de corrupción, la prevalencia absurda de intereses particulares, la debilidad manifiesta en el control estatal, el inadecuado manejo administrativo por ineficiencia; son algunas de las causas generales que afectan los recursos de la salud. Así mismo, el cobro de comisiones para levantar glosas, la presentación de cuentas a nombre de personas inexistentes, la falta de una base de datos unificada, el aumento doloso en los valores de medicamentos y

procedimientos que no están señalados en el POS, los recobros de insumos y medicinas que nunca fueron utilizados o entregados a los pacientes, el pago de servicios no incluidos en el POS y supuestamente logrados por tutelas que en realidad no se interpusieron, el recobro de medicamentos e insumos de contrabando; son entre otras, causas específicas del panorama oscuro ya señalado” (“Las Altas Cortes y la salud en Colombia,” 2012)

Un caso interesante sobre la lógica de los recobros fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-730/06, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, junto con Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra se acumularon tres expedientes. El punto clave de esta sentencia se da en el tercer caso, en donde se solicitaba un trasplante de intestino, el cual fue tutelado por el juez de instancia en la aplicación de la mencionada regla. El juez de segunda instancia confirmó la decisión, pero revocó la orden de recobrar ante el FOSYGA. La EPS solicitó la revisión del fallo con el fin de obtener la recuperación económica de la operación que ya había sido practicada de forma exitosa, que ascendía a un valor de 500 millones de pesos.

A través de un proceso interpretativo en clave de derechos humanos la Sala de Revisión concluyó que el trasplante de intestino debe ser considerado como parte del POS. En esta oportunidad la argumentación de la Corte Constitucional retoma el precedente jurisprudencial de considerar que los servicios médicos incluidos en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, y las obligaciones básicas del Estado sobre el derecho a la salud definidas en la Observación General 14 corresponden al núcleo esencial del derecho fundamental autónomo a la salud.

De este conjunto de planes de salud, para la Corte se desprende un derecho subjetivo preciso y claro que evidencia ya no el carácter prestacional de la salud, sino como derecho subjetivo. Además porque dichos servicios ya había sido objeto de estudio en términos de financiación, a través de la UPC y los esquemas

desarrollados por el sistema de salud, por lo tanto su consideración como derecho fundamental, al contar con un soporte jurídico y financiero para su prestación. Un precedente que la Corte Constitucional venía reiterando en varias decisiones: T-859 de 2003, (MP. Eduardo Montealegre Lynett) T-860 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-221 de 2004. (MP. Eduardo Montealegre Lynett) y T-219 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

El argumento que construyó la Sala en ese momento fue considerar los criterios definidos en la Resolución 5261 de 1994 para definir las exclusiones del POS. Sobre el trasplante de órganos, la mencionada resolución, en el artículo 18 literal i) definió cuáles no se entienden excluidos, utilizando los siguientes términos: “*Trasplante de órganos. No se excluyen **aquellos como** el trasplante renal, de médula ósea, de córnea y el de corazón, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías Integrales de Atención*” [énfasis nuestro]

Administrando la imprecisión legal de la resolución la Sala consideró que la expresión “*aquellos como*” no estaba dirigida a restringir los procedimientos enlistados como excluidos del POS. Por el contrario, para la Corte la expresión permitía la garantía del principio de progresividad de los derechos fundamentales, por lo tanto dichos procedimientos tenían el carácter de brindar una serie de características estructurales de estas intervenciones quirúrgicas, siendo una “lista enunciativa” y no una restringida.

Para apoyar su interpretación la Sala menciona que de esta forma se garantiza el principio de progresividad de los derechos sociales del derecho internacional de los derechos humanos. Así mismo, su interpretación no desconoce el criterio de la interpretación restrictiva respecto al POS, pero que en caso de duda, en aplicación del principio *pro homine*, la interpretación más favorable a la protección de los derechos, resultaba ajustada a la Constitución.

En consecuencia, esta decisión de la Corte Constitucional obligaba a la EPS a asumir el costo del procedimiento quirúrgico y no le concedió la posibilidad del recobro. Sin embargo, tras esa decisión, representantes de la EPS llamaban constantemente al despacho del Magistrado, atendidos por el auxiliar que proyectó la decisión. Los agentes de la EPS solicitaban inistentemente una revisión de la decisión tomada porque afectaba gravemente sus finanzas. Tanto el magistrado como la Sala de Revisión mantuvo en firme su decisión y no concedió el recobro a la EPS. Lo cual pone en evidencia la estrategia de las EPS de lograr obtener siempre el recobro.

8. Un precedente jurisprudencial nefasto: el hecho superado en salud

La normalización de la justicia en salud se expone con fuerza en la doctrina constitucional del hecho superado. En estos casos, la Corte constató que los hechos que originaron la vulneración del derecho a la salud han desaparecido. Esto puede producirse cuando en el trámite de revisión se allegaron pruebas a la Corte Constitucional en donde por ejemplo los servicios que se exigían fueron entregados por la parte demandada. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró la “carencia actual de objeto”, y declarar como un “hecho superado”, la vulneración del derecho a la salud.

No obstante, esta misma doctrina del “hecho superado” ha sido aplicada para otros casos en donde se ha generado una vulneración absoluta de los derechos fundamentales del accionante a la salud, la dignidad humana y la vida. En estos casos en el trámite de revisión, la Corte tiene conocimiento de la muerte del accionante. Siguiendo esta línea jurisprudencial para la Corte es aplicable el mismo razonamiento, en tanto que la muerte de quién solicita la protección de sus derechos fundamentales es calificado como un “daño consumado”. Según la Corte no es posible dictar ninguna orden de protección ya que esta resultaría

completamente ineficaz. Un precedente que es aplicado en reiteradas ocasiones y es una doctrina consolidada para los jueces constitucionales⁵⁸.

Resulta pertinente analizar con mayor detalle este elemento de la jurisprudencia constitucional, ya que en casos diametralmente opuestos, en un primer caso el acceso efectivo a los servicios de salud a través del tratamiento que fue negado sin necesidad de una decisión judicial, en el segundo caso, la muerte física de quién solicita protección, la Corte Constitucional resuelve situaciones fácticas absolutamente distintas con el mismo precedente que conlleva a la declaración de la “*carencia actual de objeto*”.

Este precedente jurisprudencial, que viene siendo aplicado de forma casi automática, sin un mayor análisis ante la máxima vulneración de los derechos fundamentales que sería la muerte. Al parecer la inercia del precedente jurisprudencial ha llevado a esta nefasta jurisprudencia, sin que se examine en detalle para cada caso concreto como se llegó a una vulneración de este tipo. Existen algunos matices en esta jurisprudencia, ya que algunas salas de revisión se han ocupado en considerar cuál fue la atención recibida. Sin embargo, a partir de esos análisis las conclusiones son al menos controvertibles. Por ejemplo, en el caso de la sentencia T-735/07 la Corte encontró que a primera vista, dada la atención dada al accionante “*la EPS Sanitas no le asiste responsabilidad en la muerte del señor Félix Cappa*”. Sin contar con un estudio forense, ni una necropsia u otro dictamen, la Corte exime de responsabilidad a la EPS.

Bajo el argumento formalista y procedimental contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, que establece como causal de improcedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional se abstiene de dictar cualquier orden por ser improcedente el amparo. Tras esta fórmula procedimental la Corte Constitucional

⁵⁸Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T- 184 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-288 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-675 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-041 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-321 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

en su precedente no se atreve a ver la vulneración de los derechos fundamentales que acarrea la muerte del accionante. Tampoco se trata de desconocer el proceso biológico de la enfermedad sobre los cuerpos, sus desgaste y pasar por alto la muerte como hecho natural o de imposibilidad de sanación. Pero esto tampoco puede conducir a una precedente que pase por alto este hecho y no se avance en una investigación sobre la causa mortal o cómo afectó la falta de atención, la demora en la prestación del servicio, los trámites burocráticos y sus implicaciones en la salud, incluso ante el desarrollo del sistema de salud y el carácter letal de la ley 100.

9. La sentencia T-760/08: la consolidación de la normalización de la justicia en salud

La Corte Constitucional a través de su Sala Segunda de Revisión de Acciones de Tutela integrada por los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil dictó la sentencia número T-760 de 2008. La ponencia de esta sentencia estuvo a cargo del juez Manuel José Cepeda, quién para la época estaba por dejar su cargo de juez constitucional. La sentencia es emitida por una sala de revisión compuesta por sólo tres magistrados y no por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Según el reglamento de la Corte Constitucional una decisión de tan amplia trascendencia y dirigida a la unificación del precedente jurisprudencial en materia de salud, debe ser adoptada por el pleno de los magistrados que componen la Corte Constitucional. Si bien algunos análisis sobre esta decisión han resaltado el carácter democrático que caracteriza a las órdenes de la sentencia, enmarcada en una “democracia dialógica” con los otros entes del Estado involucrados (Gargarella, 2011), tal parece que al interior de la propia Corte Constitucional no se evidenció el mismo carácter democrático por la forma en como fue adoptada la decisión.

Este hecho da cuenta de las agendas políticas que se articulan al interior de la Corte Constitucional por parte de ciertos magistrados y su visión particular sobre el

papel del juez constitucional, que no necesariamente responden a una concepción unitaria de todos los jueces que componen la Corte en un momento determinado. En esa medida la trayectoria del juez Cepeda no puede pasarse por alto al momento de analizar esta sentencia, quien fue el ponente y el encargado de impulsar esta decisión al interior de la sala de revisión. Manuel José Cepeda hizo parte del kínder de Gaviria y fue quién ideó y participó en la estrategia jurídica para el cambio constitucional. Abogado de la Universidad de los Andes, con estudios de posgrado en derecho en la Universidad de Harvard lo ponen en contacto con la teoría jurídica estadounidense y el papel del juez constitucional. Tras dejar su cargo como Magistrado, Cepeda en el gobierno Santos (2010-2014) fungió como asesor a la reforma a la salud, a través de la ley estatutaria (León, 2012b).

Retomando los planteamientos de la Corte Warren, el juez Cepeda implementó decisiones de amplia trascendencia a nivel nacional, entre las que se destaca la sentencia T-025 de 2004. En dicha decisión, también producto de una sala de revisión se declaró “*el estado de cosas de inconstitucionalidad*” en materia de desplazamiento forzado y dictó una serie de órdenes generales con el fin de superar dicha situación.

Tras esta decisión, la sala de revisión, bajo el liderazgo de Cepeda, inició un complejo proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes de la sentencia. En un importante esfuerzo, con el fin de establecer si el indicador de “*goce efectivo de derechos*” se garantizaba a través de las acciones de asistencia a la población desplazada. Luego de diversos autos sobre el desarrollo de la sentencia, audiencias públicas, y sin que se diera una declaración de la superación del estado de cosas de inconstitucionalidad. Tras la salida del juez Cepeda de la Corte Constitucional se conformó una sala de seguimiento especial para el cumplimiento de las órdenes de la sentencia T-025/04.

En una presentación de la sentencia T-760/08 en medio de un espacio académico, el magistrado auxiliar que participó en su elaboración, Aquiles Arrieta, anunció como una importante novedad que esta era la primera sentencia de la Corte Constitucional que incorporaba un índice, con el fin de llamar la atención de la amplia extensión de la decisión. La sentencia T-760 tiene un total de 431 páginas, 35 órdenes de las cuales 16 son de carácter general, además de dos anexos sobre los antecedentes de los casos acumulados y un recuento histórico del desarrollo de los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud.

El magistrado ponente decidió acumular un conjunto amplio de acciones de tutela, todas relacionadas con barreras en el acceso a los servicios de salud y en su mayoría referido a casos anteriormente resueltos de forma reiterativa por la jurisprudencia constitucional. La sentencia contiene un amplio y detallado análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud cuando se implementa el sistema de salud de la ley 100 de 1993.

En esta sentencia se avanzó en dar una detallada radiografía de la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud que da cuenta de las dificultades con el sistema de salud que fueron expuestas ante los jueces constitucionales, sin que la solución de cada caso concreto permitiera corregir las fallas de regulación que según la Corte no había sido objeto de análisis hasta dicho momento.

La acumulación de los casos tenía como fin obtener una muestra representativa de los conflictos que se plantean entre los usuarios y el sistema de salud. A su vez estos casos permiten, en criterio de la Corte, analizar las distintas “*facetas*” del derecho a la salud, para así valorar sus efectos, con el fin de garantizar el “goce universal, equitativo y efectivo de este derecho”.

Para su análisis la Corte dividió los problemas jurídicos en concretos y generales. En los concretos resolvió los conflictos puntuales, y avanzó en la construcción

dogmática del derecho a la salud para definirlo como un derecho fundamental autónomo.

En los problemas jurídicos generales se ocupó de los elementos de regulación para la protección del derecho a la salud. Para la Corte los problemas generales se resumen en la siguiente pregunta:

“¿las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación a las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo?”

La respuesta de la Corte es afirmativa, por lo que se dictan una serie de órdenes dealcance general con el fin de corregir las fallas de regulación.

9.1. La salud como derecho fundamental autónomo: simplificación argumentativa

El punto de partida para este análisis es la noción de salud. Para la Corte Constitucional es necesario superar la visión de la salud como ausencia de enfermedad. En este sentido, adopta la conceptualización de la OMS que entiende por la salud *“un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona”*. Acudiendo al bloque de constitucionalidad y los instrumentos internacionales que desarrollan este derecho precisó: *“el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva”*.

Advirtió que la sentencia no pretende zanjar el debate en torno a los *“derechos fundamentales”*, no obstante, la jurisprudencia constitucional ha logrado un consenso sobre dos criterios que permiten establecer cuándo se está ante un

«derecho fundamental»: *“i) que existe un consenso en la dogmática constitucional sobre su fundamentabilidad y ii) que el derecho constitucional esté funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”*.

La Sala de Revisión encontró en el amplio precedente judicial sobre el derecho a la salud que las anteriores dos condiciones estaban acreditadas, por lo que concluyó que la «estrategia de la conexidad» que había acuñado la jurisprudencia sobre este derecho había caído en desuso dado que de forma cada vez más frecuente se ha reconocido situaciones especiales en donde el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental de forma autónoma, y por lo tanto, dicha estrategia para proteger el derecho constitucional a la salud resulta “artificiosa”.

Se destaca que esta decisión de la Corte Constitucional abandone la doctrina de la conexidad para la protección del derecho a la salud, lo cual permite una importante simplificación en la argumentación de la persona que acude a la acción de tutela para la protección de su derecho a la salud, dado que ya no tendrá que demostrar en su caso concreto, que la amenaza o vulneración de su derecho a la salud presenta una conexidad verificable con otros derechos fundamentales, en especial, con el mínimo vital.

Otro aspecto que vale la pena resaltar de esta doctrina jurisprudencial es que el accionante tampoco tendrá que recurrir a la doctrina de los “sujetos de especial protección constitucional”, argumentando ser parte de este grupo que ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte, para lograr que la salud sea considerada como un derecho fundamental. Actualmente con la nueva jurisprudencia de la Corte, en principio, basta simplemente con alegar la vulneración u amenaza del derecho a la salud, ahora considerado como fundamental autónomo.

Sin embargo, asignarle el carácter de fundamental al derecho a la salud no significa que siempre que sea invocado este derecho, automáticamente se cumpla con el requisito de la “fundamentabilidad” para la procedencia de la acción de

tutela, y que este reconocimiento implique que se tiene derecho a cualquier atención o servicio de salud. Al respecto la Corte ha sido enfática en indicar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, por el contrario, son susceptibles de ser limitados, siempre y cuando se respeten unos límites de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia constitucional.

De lo anterior emerge la pregunta por ¿cuál es el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud?, es decir, ¿cuál es el contenido de este derecho y qué tipo de demandas sobre el derecho a la salud pueden ser consideradas como constitucionalmente legítimas? Al respecto, de la revisión jurisprudencial antes reseñada se evidencia que existe un amplio margen de interpretación por parte de la Corte, incluso en la sentencia T-760/08 se afirma explícitamente que: *“la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud”,* y más adelante explica que *“el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo”*.

En este sentido la Corte superando la división ideológica de generaciones de derechos, explica que hablar de “derechos prestacionales” como usualmente se califican a los “derechos sociales” es un error categorial. En su concepto, todos los derechos fundamentales son prestacionales, en el sentido que demandan del Estado una serie de obligaciones de acción u omisión. Por ello adopta la visión más técnica de “facetas” de los derechos, que divide en positivas y negativas.

Esta facetas prestacionales del derecho a la salud deben cumplir con tres requisitos previos, a saber: i) la existencia efectiva de una política pública; ii) que dicha política esté orientada a garantizar el goce efectivo del derecho; iii) que contemple mecanismos de participación de los interesados. Al encontrar verificadas estas condiciones para el caso del derecho a la salud, la Corte Constitucional se abstiene de declarar que en materia de salud se está ante un

estado de cosas de inconstitucionalidad, como lo hizo para el desplazamiento forzado. Este resulta ser un elemento clave sobre el real alcance de la sentencia y sus posibilidades que ofrece para la defensa del derecho a la salud. En la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional definió una regla general con el fin de establecer si existe o no un estado de cosas de inconstitucionalidad. En dicha sentencia la Corte estableció que:

“Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

A primera vista, las cinco condiciones que expone la Corte Constitucional son verificables de forma evidente para el caso de la salud. Pero la Corte Constitucional se abstiene de una declaración de este tipo, sino que su diagnóstico sobre la situación de la salud es producto de la falta de regulación así como de una regulación incorrecta. Una lectura política posible de esta decisión es que abstenerse de declarar un «estado de cosas de inconstitucionalidad en salud» es el apoyo que la Corte Constitucional da al modelo de la ley 100 de 1993, que tanto en sus diversas decisiones de constitucionalidad ha considerado que la ley

100 de 1993 y sus reformas se ajustan a la Constitución, enviaba además un mensaje de la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos de la ley 100 de 1993.

A su vez, la Corte analiza el bloque de constitucionalidad y el desarrollo que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha tenido el derecho a la salud sustentado en la obligación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En un estudio detallado de las obligaciones de i) respeto; ii) protección y iii) cumplimiento (garantizar), aunque para el tercer bloque de obligaciones la Corte puntualiza que existe un debate doctrinal sobre su contenido.

Por otra parte, la Corte indicó que resulta constitucionalmente legítimo no incluir ciertos servicios médicos dentro del POS, dado que el derecho a la salud es limitable y la Constitución no ordena su autorización dado que *“su exclusión no desconoce aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado”*. De esta forma la Corte en su jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud debe estar ajustado a las prioridades que los órganos competentes del sistema dispongan, con el fin de *“asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”*.

La Corte reseñó un amplio conjunto de decisiones judiciales anteriores que negaron la procedencia de la acción de tutela por tratarse de servicios médicos por fuera del POS que no desconocen el derecho a la salud. Al respecto la Corte enumera los siguientes servicios de salud, constitucionalmente legítimos para ser excluidos de su garantía por el Estado: i) servicio de salud estéticos, ii) gafas y cirugías de ojos; iii) tratamientos de fertilidad; iv) tratamiento de desintoxicación; v) prótesis; vi) by pass gástrico; vii) servicios de odontología; y viii) alergias, entre otros.

La Corte identificó una serie de situaciones específicas en donde el derecho a la salud adquiere la condición de fundamental autónomo y en caso de amenaza o vulneración puede ser protegido por el juez de tutela. Al respecto la Corte señaló los siguientes eventos:

“i) Acceso a los servicios de salud que se requieran contemplados en los planes obligatorios POS; ii) Los contenidos de la ley 972/05 sobre la atención de enfermedades ruinosas o catastróficas, según el art. 2 de la citada ley; iii) Cuando no se garantiza a todos los seres humanos igualmente dignos y se establecen exclusiones discriminatorias, como el caso de parejas homosexuales cuando la pareja era excluida del régimen de salud; iv) cuando se afecte de forma grave y directa un mínimo vital, por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal”.

9.2. Consolidación de la regla para el acceso a los servicios no POS. Un cambio en la gramática constitucional

En la sentencia la Corte Constitucional va a reiterar «la regla útil al capital» formulada para el acceso a los servicios de salud y que ya fue reseñada. Sin embargo, en la ratificación de la regla se hace una simplificación “gramatical”, pero que en el fondo intenta avanzar en una interpretación estricta de la condición económica del quién acude a la acción de tutela.

Para resumir la Corte Constitucional consideró que una EPS viola el derecho a la salud cuando no autoriza un servicio de salud que no está en el POS cuando el accionante “requiera” del mismo. Para la Corte, se entiende que se “requiere” un determinado servicio de salud cuando se reúnen la siguientes características:

1. *La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;*

2. *El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio*
3. *el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”*

Pero si en el caso concreto además de requerir dicho servicio, se evidencia su “necesidad”, lo cual se cumple, en criterio de la Corte, cuando:

1. *el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie*

La Corte Constitucional concluye que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud “*que requiera*”, según las reglas fijadas para acceder a esos servicios por el sistema de salud. Cuando ese servicio que se “*requiere*” no está incluido dentro del plan de beneficios POS, la persona deberá asumir el costo adicional de dicho servicio. Sin embargo, si se logra comprobar que la persona carece de los medios económicos para acceder a los servicios, y se logra verificar esta condición, es posible autorizar los servicios que “*requiere con necesidad*”, para que sean prestados por la EPS y esta luego le sea reembolsado el valor de los mismos ante el Fosyga.

9.3. La órdenes generales: fallas regulatorias y cumplimiento de la ley 100 de 1993

El elemento más sobresaliente de la sentencia es el conjunto de órdenes generales que dictó la Corte Constitucional. Este ha sido el aspecto más resaltado por la dogmática constitucional como innovador en el desarrollo de los Tribunales Constitucionales, de superar los límites que impone el caso concreto estudiado por los jueces, con el fin de avanzar en una mirada más amplia y que engloba la

problemática social reiterativa, que logren identificar las causas y atacar el problema desde la raíz, y no brindar soluciones temporales y para casos puntuales.

Para ello, la Corte Constitucional realizó un diagnóstico sobre el sistema de salud con el fin de identificar las causas que están generando el incremento desproporcionado en la utilización de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud. Para ello la Corte Constitucional retomó su análisis jurisprudencial con el fin de identificar las fallas recurrentes que eran expuestas en las acciones de tutela. A partir de estos elementos, la Corte Constitucional consideró que las fallas estructurales del sistema de salud se debían a fallas de regulación, las cuales pretendió corregir a partir de sus órdenes generales. Dichas órdenes se enmarcan dentro del sistema de la ley 100 y la mayoría de sus medidas están obligando a cumplir con lo dispuesto en la ley. En este sentido, la sentencia de la Corte está exigiendo que se de cabal aplicación al sistema de salud, corrigiendo las distorsiones que han desembocado en el uso reiterativo de la acción de tutela. Las 16 órdenes generales las agrupó la Corte Constitucional en: 1) medidas relacionadas con el plan de beneficios; 2) medidas con el derecho al recobro de servicios no POS; 3) medidas para la protección del derecho a la información en salud; carta de derechos y carta de desempeño. En este orden de ideas, la Corte Constitucional en su sentencia intenta enderezar el derecho practicado hacia los mandatos del derecho letrado y superar su separación por la vía de la regulación.

En los análisis que se han realizado sobre la sentencia se ha concluido que estas órdenes generales están enmarcadas y siguen de cerca los límites que el modelo de la ley 100/93 y sus posteriores reformas (Á. M. Hernández, 2010, p. 34). Para la Corte Constitucional el modelo de la ley 100 de 1993 que ha sido analizado en detalle, debe ser considerado como una política pública en salud que cumple con las condiciones definidas para la garantía y protección del derecho a la salud. Por lo tanto, lo que evidenció la Corte fue la falta de cumplimiento de lo estipulado en

la ley, como el conjunto de órdenes sobre el plan de beneficios para su unificación, definición puntual, abandono de las zonas grises y la regulación precisa para que fuera a través de los procedimientos definidos al interior del sistema de salud y no a través de la acción de tutela como se resolvieran los conflictos que plantean los usuarios.

Las medidas sobre los recobros estaban dirigidas a mejorar el flujo de los recursos en el sistema de salud, ante las reclamaciones de las EPS por las demoras, los engorrosos procedimientos para obtener los recursos que fueron utilizados para cubrir los costos de atención que fueron ordenados por los CTC o una orden judicial.

Tras la emisión de la sentencia T-760 de 2008 se institucionalizó el proceso de seguimiento a sus órdenes generales. En la sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional del 1 de abril de 2009 se decidió conformar una sala especial para esta tarea compuesta por tres magistrados, a saber: Jorge Iván Palacio Palacio; Mauricio González Cuervo; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

9.4. El cumplimiento de las órdenes generales de la sentencia T-760/08: la emergencia social en salud

La propuesta de la Corte Constitucional al diálogo deliberativo para resolver la crisis en el sistema de salud a partir de sus órdenes generales recibió una respuesta autoritaria, vertical y de fuerza, característica del gobierno Uribe. Por coincidencia o como hecho simbólico, 16 años después de ser aprobada la ley 100 de 1993 un 23 de diciembre, en ese mismo día, pero del año 2009 el presidente Álvaro Uribe Vélez, que ya había liderado la aprobación de la ley 100 en el Congreso, decretó un estado de excepción haciendo uso de las facultades extraordinarias consignadas en la Constitución. El decreto 4975 de 2009 declaró el

estado de emergencia social en salud. Aunque no apareció explícito en las consideraciones del decreto para su expedición, en reiteradas oportunidades el presidente Uribe indicó en su momento que la emergencia social tenía como propósito cumplir con las órdenes generales que fueron emitidas en la sentencia T-760/08 por la Corte Constitucional.

En las consideraciones del decreto de declaratoria de la emergencia social se consignaron las razones jurídicas que motivaron la declaratoria de la emergencia social y que desarrollan a grandes rasgos las medidas que fueron adoptadas para conjurar la crisis, que luego fueron plasmadas en 15 decretos. La razón fundamental que invoca el gobierno para la declaratoria de la emergencia social radica en la prestación de servicios no POS, esto es el que se llamamos POS jurisprudencial. En ese sentido, la emergencia social busca responder con una “terapia de choque” como la calificó el diario inglés *The Economist* (*The Economist*), para frenar los altos costos que representa para el sistema de salud la prestación de servicios no contemplados en el plan obligatorio de salud, en una afrenta directa en contra de la labor de los jueces constitucionales en la defensa y garantía del derecho a la salud a través de su jurisprudencia. Aunque sólo hace referencia a la Corte Constitucional y únicamente a la sentencia T-760 de 2008, toda la argumentación está dirigida al amplio desarrollo jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional, así como de todos los jueces constitucionales del país en su jurisprudencia consolidada sobre el derecho a la salud para que sea el ciudadano el que tenga que cubrir los costos de su atención por fuera del POS de forma individual, y no tenga que ser asumido dicho valor por el Estado.

La argumentación de gobierno parte por reconocer la salud como un derecho fundamental, según lo dispuesto por la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, explica que es un derecho que cuenta con limitaciones de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, dignidad humana, así como la realidad socio-económica y la capacidad financiera del Estado.

En la argumentación fáctica para sustentar la declaratoria de la emergencia social, el gobierno presentó cuatro argumentos. El argumento principal que tiene mayor desarrollo es el alto costo del POS jurisprudencial, debido al mecanismo del recobro. Como no es responsabilidad de la EPS la negación del servicio no POS, sino del diseño del sistema, deben ser con estos recursos que se paguen dichos servicios. Para el caso de régimen contributivo dichos recursos son pagados con los recursos de la cuenta de solidaridad del FOSYGA y en el régimen subsidiado dicha suma es cubierta por el ente territorial. Estas fueron las reglas establecidas por la Corte Constitucional ante el vacío regulativo de la ley 100 de 1993, que no previó cuál sería el procedimiento y los mecanismos para la financiación para servicios de salud por fuera del paquete de beneficios, (POS).

Constata el gobierno un crecimiento “*abrupto y acelerado*” en la demanda de servicios de salud por fuera del plan obligatorio tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. A su vez, ha podido verificar que algunos agentes del sistema de salud y reguladores están inducido la oferta y la demanda de este tipo de servicios, sin tener en cuenta “(…) *criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como **tampoco a la propia capacidad socio-económica de los pacientes** (…)*” [énfasis nuestro]. Además de ejemplificar con cifras el aumento en el número de recobros en el año 2009, se tomó el estudio que elaborara la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo –Afidro. Según ese estudio se encontró que el recobro de medicamentos se estaba haciendo al FOSYGA por valores mayores al costo de esos medicamentos en relación con el precio de venta del laboratorio. En otros casos el número de medicamentos recobrados superaba al número de medicamentos que el laboratorio reportaba como vendidos, y otro tipo de prácticas y activades fraudulentas que venían siendo denunciadas de tiempo atrás por el Observatorio del medicamento de la Federación Médica Colombiana Afidro, pero que sólo fue hasta este momento en que el gobierno lo utilizaba para justificar la declaratoria de la emergencia social

en salud.

Esta dinámica del sistema estaba generando un círculo vicioso de falta de recursos en tanto que se estaría ante una quiebra inminente de las entidades territoriales que no están pagando a las EPS del régimen subsidiado por los servicios prestados, lo que se replicaba en las IPS que no tenía recursos para poder seguir prestando sus servicios ante la falta de recursos económicos al no recibir el costo de los servicios prestados que estaban por fuera del plan obligatorio en salud. En igual sentido, las EPS del régimen contributivo aumentaban su cartera de deuda con las IPS en tanto dichos servicios están por fuera de esquema de financiamiento de la UPC. Por lo tanto el argumento explica que de mantenerse ese nivel de demanda de servicios del POS jurisprudencial para el primer semestre del año 2010 se acabarían con los excedentes del FOSYGA, con los que se han cubierto dichos servicios.

El segundo presupuesto fáctico para justificar la emergencia social fue el problema del flujo de los recursos, que ante las dinámicas del sistema y su *“mayor complejidad”* se han evidenciado que los procedimientos establecidos para el giro, pago y distribución dispuestos en la ley son insuficientes para mantener un flujo constante de los recursos entre los actores del sistema. Esto ha degenerado en un uso ineficiente de los recursos, desvíos de los dineros y promoviendo un incremento en los costos financieros para el funcionamiento del sistema. Sobre el flujo de recursos también se explicó que hacen falta mecanismos expeditos que permitan solucionar las controversias entre los actores y tampoco se han podido incorporar al flujo recursos disponibles por el financiamiento del sistema. El tercer aspecto es el de las barreras de acceso a los servicios de salud como consecuencia de la *“territorialidad del aseguramiento”*. Y finalmente, el cuarto elemento es que en algunos casos los recursos para la salud no han tenido esa destinación específica, sino que se han desviado.

Ante este panorama el gobierno argumentó que se desborda la capacidad de

respuesta del Estado ante esta compleja situación por lo que las medidas administrativa e incluso la reforma de la ley 1122 de 2007 son insuficientes para la superación de la crisis. También argumentó que los ingresos del Estado son insuficientes para mantener el esquema de aseguramiento alcanzado y lograr cumplir con el mandato de la universalidad y la unificación en el paquete de servicios, esto es, que exista un mismo POS para el régimen contributivo y el régimen subsidiado, como fue ordenado por la Corte Constitucional, que sin mencionarlo, se está refiriendo a una parte de las órdenes generales dictadas en la sentencia T-760/08, obligaciones que estaban contenidas en el texto de la ley 100 de 1993 inciso segundo artículo 113.

Ante este complejo panorama descrito, el gobierno derivó graves consecuencias para la protección y garantía del derecho a la salud. Explica que el POS jurisprudencial en ambos regímenes está afectando el esquema de aseguramiento, generando dificultades en mantener los niveles alcanzados y ampliar la cobertura para cumplir con la meta de la universalización. En su criterio, también se ponen en riesgo a los actores del sistema, en especial a las Empresas Promotoras de Salud, EPS y las Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y las Entidades Territoriales que sufren una grave crisis financiera y de liquidez, lo que genera dificultades para el financiamiento global del sistema y la equidad en el acceso a los servicios de salud. Otros riesgos inminentes según el gobierno es le cierre de hospitales públicos, el cese de pago al *“talento humano”* en salud y hasta una parálisis en la prestación del servicio público.

Por lo tanto a lo largo de su argumentación y en repetidas oportunidades el gobierno explicó que se trata de una grave amenaza contra el derecho a la salud ante el deterioro de la sostenibilidad financiera del sistema de salud.

Entre las medidas urgentes a tomar para superar la crisis del sistema explicó que se apropiarían más recursos para el año 2009 y en el presupuesto del año 2010; se definirían las condiciones para la unificación del plan de beneficios POS y sus

condiciones de acceso; se implementarían instrumentos que permitan avanzar en la equidad y oportunidad en el flujo de los recursos; dar “*más transparencia*” y eficiencia en el uso de los recursos económicos, así como corregir sus fallas, demoras y desviaciones; fortalecer los mecanismos de inspección, vigilancia y control para el control de la elusión y evasión de los recursos del sistema; conseguir nuevas fuentes de financiación al incrementar los impuestos en la explotación de los juegos de azar y ciertos bienes como los cigarrillos, el tabaco y la cerveza; fortalecimiento a la Comisión de Regulación en Salud; diseñar esquemas para la racionalización en la actuación de actores del sistema como los médicos tratantes, los usuarios, empleadores, EPS, IPS, en materia de acceso a medicamentos, y medidas preventivas para la recuperación de recursos e incluso punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas.

Frente a los servicios no POS, denominados por los decretos como “*prestaciones excepcionales en salud*”, se propuso que las personas compren seguros como planes adicionales y complementarios o de medicina prepagada para cubrir dichos servicios. Para el gobierno, los servicios que excedían el POS debían ser considerados como servicios suntuosos, ya que el plan de beneficios contenería todos los servicios mínimos requeridos. A su vez, se dispusieron medidas para que los trabajadores puedan acceder a sus cesantías para que puedan cubrir los costos en dichos casos. En caso de carecer de recursos, las personas deben someterse a un riguroso escrutinio que determine con exactitud su capacidad de pago para cubrir dichos servicios, y poder acceder a fórmulas de préstamo por el sistema bancario. Sólo cuando quede demostrado su incapacidad económica, se podrá ser acreedor a un subsidio en salud, en casos excepcionales y luego de un estricto escrutinio de la capacidad patrimonial del paciente.

Ante la avalancha de críticas al gobierno por estas decisiones, que demandó una defensa a ultranza no sólo de las medidas sino del sistema de salud, se suman las denuncias por corrupción en el desarrollo de los decretos, ya que quienes participaron en la redacción tenían en su momento estrechas relaciones con las

EPS. Entre ellos estaba el médico Augusto Galán, ex presidente de ACEMI, quien hacía tres años fue denunciado por recibir honorarios al mismo tiempo como presidente de ACEMI y consultor del Ministerio de Salud. Teresa Tono, médico miembro de la Junta Directiva de la EPS que representa a la compañía aseguradora Positiva. Resultaba paradójico que ante la “crisis financiera” del sistema de salud se contratara asesorías multimillonarias a médicos con conflicto de intereses. Otro aspecto que salió a debate fue fueron los nuevos impuestos a los licores que excluyen a licores de alta gama como el whisky y el vodka para favorecer a familiares del Ministro de Hacienda, Oscar Iván Zuluaga dedicados a ese negocio.

A través de la red social “Facebook” se convocó en una marcha en contra de los decretos de la emergencia social. A dicha convocatoria se sumaron las diversas organizaciones sociales y colectivos que luchan por la defensa del derecho a la salud. Con una masiva participación los diversos sectores sociales manifestaron su rechazo a las medidas del gobierno. La academia también apoyó a las organizaciones sociales expresando su rechazo a las medidas y explicando como se trataba de una crisis financiera para salvar el negocio de las EPS y no una reforma estructural del sistema de salud.

Esta movilización brindó el apoyo necesario para que la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2010 determinara que la declaratoria de la emergencia social era inconstitucionalidad y por lo tanto, las medidas adoptadas con ocasión de dicha norma quedaban viciadas de inconstitucionalidad. Sin embargo, en una interpretación controvertida, mantuvo las medidas adoptadas en la emergencia de nuevos impuestos por considerarlos vitales para solventar la crisis en salud .

9.5. Posibilidades, límites y peligros de la sentencia T-760/08

La sentencia T-760/08 ha generado un amplio debate público en el país sobre la salud como derecho fundamental y el sistema de salud para su garantía real y

efectiva. Sin embargo, los análisis disponibles han tendido más hacia la celebración del fallo de la Corte Constitucional (Ely & Gloppen, 2013; Gargarella, 2011; Gianella et al., 2010; Lamprea, 2011, 2014; Lemaitre & Young, 2013; Moestad et al., 2011; Parra & Ely, 2011; C. A. G. Rodríguez et al., 2012; Yamin & Parra-Vera, 2009a, 2009b, 2010; Yamin et al., 2011), y su análisis crítico ha sido poco. En este sentido, recogemos la invitación del profesor Óscar José Dueñas, quien hace un llamado a la prudencia y a no sacralizar algunas sentencias de la Corte Constitucional, como la sentencia que se analiza y el caso del desplazamiento forzado (T-025/04). Según Dueñas este tipo de sentencias “*es conveniente discutirlos, ya que incluyen temas que no se pueden aceptar a la ligera*”. Ambas decisiones, la T-760/08 y la T-025/04, ameritan un análisis sereno, indica el autor, dado que “*admiten algunas críticas*” (Ruiz-Rodriguez, Wirtz, & Nigenda, 2009).

En primer lugar, la sentencia T-760/08 ofrece varias posibilidades sobre la discusión pública de la salud. En su momento, la sentencia re-activó el debate sobre la salud en Colombia y el modelo implementado con la ley 100, ya que tras la expedición de la ley 1122 de 2007 se había reducido a la implementación de la reforma y darle un compás de espera al modelo de la ley 100 de 1993. Con la sentencia se posicionó la salud como un tema de la agenda política y abrir de nuevo la discusión entre defensores y contradictores del sistema de salud. Este es una posibilidad que ofrece la sentencia de abrir el debate y discutir en la agenda pública la configuración del modelo de salud para la garantía real y efectiva el derecho fundamental a la salud.

Las órdenes generales dictadas por la Corte Constitucional en cierta medida podrían ofrecer algunas posibilidades con el fin de lograr la garantía del derecho a la salud, sin que los usuarios tengan que enfrentarse en una batalla legal contra las aseguradoras privadas por los servicios de salud no prestados. Además la posibilidad de que las organizaciones sociales se logaran articular en torno al seguimiento y cumplimiento de las órdenes generales dictadas por la Corte

Constitucional, que les permitiera mantener el debate sobre el sistema de salud. Sin embargo, como ya indicábamos, dichas órdenes estaban circunscritas con estricto apego al modelo de la ley 100 de 1993. Ante el desconocimiento palmario de la ley, la Corte Constitucional establece en su sentencia que las autoridades encargadas del Sistema de Salud deben dedicarse a cumplir la ley. La literatura ha resaltado de forma excesiva la postura progresista de la Corte Constitucional al exigir el cumplimiento de la ley, al considerar el potencial emancipador de las decisiones de la Corte y la construcción de una contra-hegemonía al interior del Estado, de un aliado para los movimientos sociales y sus reivindicaciones. En este sentido, la sentencia queda limitada al modelo de la ley 100 de 1993, que como hemos analizado en detalle, no está diseñado para la garantía de la salud como derecho sino hacia el negocio de la salud y la acumulación por los captadores de renta del sistema de salud.

En este sentido, las decisiones de la Corte Constitucional no atacaban las causas estructurales de la crisis de la salud en Colombia, sino que a partir de unas órdenes generales, intentaban que se diera cumplimiento a la ley 100 de 1993, sin que lograra trascender los estrechos márgenes del sistema de salud, y avanzar hacia una construcción de un nuevo modelo de salud, ante el congelamiento político que mantiene una reforma estructural por parte del Congreso de la República y el Gobierno que seguía insistiendo que la ley 100 de 1993 es la mejor alternativa para organizar los servicios de salud.

La Corte tampoco consideró otros elementos que como juez constitucional tenía conocimiento. Entre estos se encuentra el requisito que impusieron las EPS de interponer una acción de tutela a los usuarios para acceder a los servicios de salud; tampoco hizo referencia al incumplimiento de las acciones de tutela que obliga a las personas acudir a la interposición de varios desacatos o incluso interponer una nueva tutela para obtener el cumplimiento del fallo a favor; la discriminación de la que son sujetos los usuarios que interponen una acción de tutela ante las EPS y las IPS en donde reciben un tratamiento especial por ser

pacientes “con tutela” en donde las instituciones aplican al extremo los «itinerarios burocráticos», y hacen más engorroso todos los trámites y procedimientos para el acceso a los servicios; la selección adversa frente a las enfermedades de alto costo, enfermedades huérfanas y varias clases de pacientes que eran rechazados o tenían mayores cargas administrativas para acceder a los servicios, que para la Corte hacen parte de la categoría “sujetos de especial protección constitucional”; los excesivos trámites ante las EPS y la práctica del “paseo de la muerte” no eran abordados de forma directa y sistemática por el fallo de la Corte. De hecho, se resaltó que del conjunto de órdenes de la Corte ninguna estaba dirigida a las EPS y su enfoque fue sólo en la regulación y las funciones de inspección, vigilancia y control por parte del Estado.

El peligro de la sentencia T-760/08 y los análisis que la celebran es que distraen la discusión fundamental sobre la salud en Colombia en los elementos puntuales y técnicos del sistema de salud. Por ejemplo, el tamaño del POS; los mecanismos para los recobros; la estructura de los regímenes contributivo y subsidiado, etc., que hace perder de vista el sistema de salud en su conjunto, el modelo de aseguramiento, el papel de la intermediación financiera, la mercantilización de la salud, y el modelo de negocio para la captación de rentas del sistema. La Corte Constitucional escamotea este debate central, concentrándose en los elementos técnicos del sistema, la construcción de finas argumentaciones constitucionales y doctrinarias, pero que de forma concreta no logran realizar la salud como un derecho fundamental autónomo como fue declarado por la Corte Constitucional.

Según el último estudio de la Defensoría del Pueblo sobre el uso de la acción de tutela para la defensa del derecho a la salud, en sus conclusiones señala que: *“Las tutelas en salud continúan en aumento, a pesar de que el objetivo primordial de la sentencia T-760/08 era la disminución de estas acciones”*. Esto significa que las órdenes generales dictadas por la Corte Constitucional no está logrando el efecto buscado, y por el contrario, se está evidenciando cada vez más una mayor vulneración del derecho a la salud.

10. La Justicia normal en salud: otra forma útil al capital

¿Cómo interpretar la confiración del derecho a la salud desde las decisiones de los jueces constitucionales, así como la definición de su contenido y ámbito de protección? Para una interpretación que supere los márgenes de la dogmática jurídica tradicional, se utilizaran los planteamientos de Nancy Fraser acerca de las discusiones sobre justicia y la construcción del paradigma de la «justicia normal» (Fraser, 2008), que complementamos con un análisis marxista sobre la justicia (Borón, 2002).

Los planteamiento de Nancy Fraser ofrecen una reflexión sobre el horizonte de la teorización política contemporánea”, que para la autora está enmarcado en la «condición postsocialista», la cual se encuentra caracterizada por: i) la inexistencia de una alternativa omnicomprensiva como lo fue en su momento el socialismo; ii) las nuevas exigencias de justicia ancladas en el reconocimiento de las diferencias y el abandono de las cuestiones sobre la redistribución; y iii) el surgimiento del neoliberalismo globalizante, que incorpora una agresiva mercantilización y un crecimiento desmesurado de las desigualdades materiales (Fraser, 1997, pp. 17-54; Fraser & Honneth, 2006). Si bien Fraser reconoce estar inmersa en este horizonte «postsocialista», su propuesta teórica apunta a desmarcarse de ella para exponer una reflexión crítica sobre la misma.

Nancy Fraser explica que cuando se discute sobre cuestiones de justicia, como por ejemplo la erradicación de la pobreza, las diversas posiciones comparten un conjunto de supuestos subyacentes a pesar de las radicales diferencias que puedan darse entre las distintas visiones de la justicia que evoca este debate. Siguiendo con el ejemplo, la erradicación de la pobreza está regularmente enmarcada en el campo económico, especialmente en la distribución de la riqueza. Lo mismo sucede cuando se discute la discriminación de las minorías étnicas. Se comparte de forma habitual que éste tipo de injusticias responden al ámbito cultural, por falta de reconocimiento de las diferencias.

En los anteriores ejemplos sobre formas de injusticia, desigualdades sociales y discriminación, subyace un supuesto de teoría social compartido: las injusticias de la pobreza son un asunto de redistribución, casi siempre económica, mientras que las injusticias culturales son un problema de reconocimiento, relacionado con las identidades. También se suele aceptar, sin que haga parte del debate, quiénes son los actores que pueden hacer reivindicaciones de justicia, que por lo general son individuales, y el tipo de instituciones a las que se deben dirigir, generalmente los Estados territoriales. Estos presupuestos compartidos sobre el marco en que se deben desenvolver las reivindicaciones de justicia constituyen en su conjunto el punto de partida de la discusión y en esa medida, no hacen parte del debate sobre la justicia.

A pesar de la dificultad de encontrar discusiones que compartan todos los presupuestos descritos, Fraser argumenta que al estar por fuera del debate y tener algún grado de aceptación, permiten la construcción de un paradigma de «justicia normal», en donde la justicia se discute desde los presupuestos dados, sin salirse de dichos márgenes. En esa medida y retomando los planteamientos de Kuhn de ciencia normal, para Fraser, es posible considerar que también la justicia es normal: *“siempre y cuando las discrepancias pública o la desobediencia respecto a sus supuestos constitutivos se mantengan bajo control”* (Fraser, 2008, p. 99).

El conjunto de principios subyacentes en la discusión sobre la justicia permiten construir una “gramática discernible” que permita establecer el paradigma de la «justicia normal». Cualquier desviación de dicha gramática será relevada a la esfera privada, o será tachada como «anomalías» que no tienen lugar. Esta expulsión del marco de discusión pretende evitar la acumulación de anormalidades y desviaciones que puedan conducir a una posible desestructuración del discurso. En consecuencia, la gramática de la «justicia normal» permite reconocer cuándo se está ante reclamaciones legítimas de justicia, dado que responden al marco normalizador definido.

Las primeras decisiones de la Corte Constitucional privilegiaron una interpretación orientada hacia al carácter de «fundamental» del derecho a la salud, para lo cual elaboró diversas construcciones dogmáticas, en especial la doctrina de la «conexidad». En principio, esta interpretación de la Corte puede ser considerada como «anormal», dado que el contexto está ordenado por una gramática distinta, que considera la salud como un derecho aspiracional, de carácter prestacional que debe ser desarrollado por el Legislador. A su vez se sostiene que la prestación de los servicios de salud involucra importantes recursos públicos que no permiten su aplicación inmediata y por lo tanto, no puede ser considerado como fundamental.

También en estas primeras decisiones la Corte sostuvo una postura crítica ante la implementación de las políticas (pos)neoliberales en salud, por ejemplo sobre la definición del POS. En criterio de la Corte las consideraciones de costo-eficiencia con que se formula el conjunto de servicios de la póliza resultaba incompatible con el derecho constitucional a la salud, dado que la exclusión de ciertos servicios podía afectar de forma grave derechos fundamentales como la vida o la integridad personal, como sucedió en el caso de las personas con VIH-SIDA. Bajo esta interpretación de un criterio amplio de conexidad del derecho a la salud como la dignidad humana, la vida, la integridad personal en el marco del Estado Social de Derecho, la Corte logró desarrollar una justicia «anormal» que cuestionara los presupuestos del sistema de salud y a su vez fuera crítica de las políticas «neoliberales», reducidas a un examen de costo-eficiencia.

Ante el incremento de acciones de tutela sobre el derecho a la salud y las presiones por el creciente activismo de la Corte, la «anormalidad» de concebir la salud como un derecho fundamental por conexidad con criterios amplios, se va a ir reduciendo paulatinamente, para terminar normalizando la justicia en salud de forma funcional al modelo (pos)neoliberal de la ley 100 de 1993.

La justicia normal neoliberal en salud va a consolidarse en la sentencia T-760/08, al sistematizar sus presupuestos y su forma de funcionamiento. Según esta decisión, existen dos consensos de dogmática constitucional sobre el ámbito del derecho fundamental a la salud: i) cuando de la aplicación de la regulación en salud se deriva un derecho subjetivo; ii) cuando es necesaria la excepción de inconstitucionalidad ante la vulneración o amenaza del derecho a la salud.

El primer supuesto para considerar la salud como derecho fundamental parte de la normativa que rige el derecho a la salud, esto es, la Constitución, el bloque de constitucionalidad, las leyes y demás normas de inferior jerarquía que desarrollen este derecho, sea posible concretar una garantía subjetiva. Por ejemplo, las normas que rigen el POS, establecen una garantía subjetiva, dado que este paquete de servicios debe ser garantizado a toda persona asegurada, según el régimen al que corresponda. La normalización opera al dar por sentada la reglamentación del derecho a la salud, por lo que las reclamaciones deben ajustarse a las reglas del sistema, siguiendo en el ejemplo, su demanda debe ser de algún medicamento, servicio o intervención incluida en el POS. A su vez la justicia de la Corte se alinea con el discurso (pos)neoliberal en la medida en que no cuestiona la lógica del aseguramiento y su circuito financiero, sin que por el contrario, encuentra que en este caso el derecho a la salud es fundamental, dado que cuando interviene en este tipo de casos encuentra que sus medidas no afectan el equilibrio financiero del sistema, lo que permite que la “fundamentabilidad” de la salud sea fácilmente reconocible.

El segundo consenso es que pueden existir servicios que están excluidos por la normatividad que desarrolla el derecho a la salud pero que son requeridos con necesidad por comprometer gravemente diversos bienes jurídicos protegidos constitucionalmente como la salud, la dignidad humana o la integridad personal. Este segundo supuesto permite un espacio para una justicia «anormal» que cuestione sus presupuestos, como a su vez oponerse a las lógicas del orden

(pos)neoliberal de la salud. Pero por el contrario, en este caso también se evidencia un reforzamiento por la normalidad y el (pos)neoliberalismo.

El acceso a los servicios excluidos del POS está sometido a un estricto escrutinio y control, ejercido por los diversos actores del sistema. Se empieza por el personal médico que debe realizar su ejercicio profesional en diagnósticos a partir de la medicina basada en la evidencia, esto es, el contenido del POS, concebido como un catálogo cerrado y rígido; a su vez las EPS tienden a desincentivar los diagnósticos por fuera del POS, y establecen diversas estrategias para que los servicios médicos se mantengan dentro de dicho marco; en caso de que un médico ordene procedimientos por fuera del POS, se debe pasar a la evaluación del CTC, que con criterios de costo-eficiencia, debe establecer si la EPS autoriza el tratamiento no POS. La ley 1438 de 2011 profundizó en los procedimientos burocráticos para el acceso a los servicios de salud, que además de reformar las funciones de los CTC, introdujo las Juntas Técnico Científicas (JTC) a las cuales el Ministerio de Salud asigna las especialidades tecnológicas competentes. En caso de estar en desacuerdo con la decisión del CTC y la JTC se podrá recurrir ante al Superintendencia Nacional de Salud (SNS) para la revisión de la decisión.

Si la negación persiste, se puede acudir a la acción de tutela, previo el agotamiento del anterior trámite administrativo, y el juez constitucional debe realizar un estricto escrutinio de las condiciones que ha definido la Corte Constitucional para acceder a medicamentos o tratamientos excluidos del POS: amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o el mínimo vital; que no exista otro tratamiento dentro del POS que tenga la “misma efectividad”; que la persona no esté en capacidad económica de comprar el medicamento o acceder a él mediante otro esquema de aseguramiento (medicina prepagada o plan complementario); que el médico tratante se encuentre adscrito a la EPS a la que está afiliado el paciente; y constatar que los servicios de salud no estén expresamente excluidos del POS. Después de este riguroso

examen el juez constitucional puede conceder el amparo constitucional y además ordenar que el costo de los servicios prestados sean recobrados ante el FOSYGA.

Lo anterior constituyen los requisitos para que una persona pueda acceder a servicios de salud que se encuentren excluidos del POS, que constituyen los «itinerarios burocráticos» (C. E. Abadía-Barrero & Oviedo Manrique, 2009), tanto al interior del sistema de salud como de la rama judicial, por el que deben pasar las personas para acceder a este tipo de servicios.

Esto se traduce en la normalización de la justicia en salud, al establecer cuáles son los parámetros que se deben reunir para que la demanda en salud sea considerada como constitucionalmente legítima. Estos parámetros, tanto los del sistema de salud como los judiciales no hacen parte del debate, y se erigen como los presupuestos desde los cuales se parte para hacer uso de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud.

Por su parte, el activismo judicial de la Corte en busca no alterar el equilibrio financiero del sistema, exime a las EPS de cubrir los costos de servicios por fuera del esquema de financiación POS – UPC. Esto garantiza que el esquema no se rompa, brindando seguridad jurídica que permite el cálculo capitalista que requieren las EPS para implementar diversas estrategias de contención de costos, por lo que la Corte incentiva la acumulación de capital de las EPS.

A partir del consenso de la ley 100 de 1993 y el derecho útil al capital, tanto letrado como practicado quedan configurados los presupuestos de la «justicia normal neoliberal» en salud, en la medida en que las reivindicaciones de la salud, cuando se acude a la acción de tutela, deben estar enmarcadas en este contexto, y responder a estos parámetros, ya que las desviaciones van a ser consideradas como «anormales» y por fuera del ámbito de protección del derecho fundamental a la salud. La justicia de la Corte Constitucional en materia de salud termina colonizada por el discurso (pos)neoliberal, garantizando los derecho de propiedad

privada de las EPS que bajo las fórmulas contractuales están blindadas para no interferir en la acumulación de capital, que la Corte permite con las órdenes de sus sentencias.

De lo anterior se concluye que el reconocimiento de la salud como derecho fundamental que ha sido considerado como un importante avance en la protección de este derecho, tiene un alcance reducido, dado que su contenido y ámbito de protección se limita a: i) las políticas neoliberales en salud a partir de la ley 100/93 y sus desarrollos normativos, orientados por los principios de costo/eficiencia; y ii) a ciertas excepciones que están sometidas a un estricto y riguroso escrutinio caso por caso, en donde sólo ciertos servicios de salud están legítimamente protegidos por la Constitución, siempre y cuando no se afecte el equilibrio financiero del sistema y no haga parte de las exclusiones explícitas del POS.

De lo expuesto argumentamos que la definición del derecho a la salud como fundamental, se configura un discurso de «justicia normal neoliberal en salud» en la medida en que las reivindicaciones del derecho a la salud deben someterse a este marco normalizador para que sean protegidas por la acción de tutela, mientras que esta justicia garantiza la acumulación de capital a los entes privados que intervienen en el mercado de la salud.

Capítulo VI Las vivencias del orden (pos)neoliberal en salud: Emiliano y Esperanza y su lucha por el derecho a la salud⁵⁹

En este capítulo describimos las experiencias de Emiliano y Esperanza en su lucha por el derecho a la salud. Nos proponemos explorar en detalle y a partir de este caso concreto, las vivencias y experiencias del orden (pos)neoliberal en salud en Colombia y el papel de los mecanismos jurídicos. Nuestra apuesta metodológica y teórica pasa por recuperar las experiencias concretas de los sujetos en el uso de los mecanismos jurídicos, que permita comprender cómo se manifiestan las estructuras del orden (pos)neoliberal y el derecho útil al capital que hemos descrito en detalle en la cotidianidad de los sujetos por la defensa del derecho a la salud. Esta perspectiva de análisis nos permitirá aterrizar a las realidades concretas de los sujetos las manifestaciones que adquieren las formas jurídicas útiles al capital, la tensión entre el derecho letrado y el derecho practicado, así como los alcances, posibilidades y límites de las formas jurídicas en la defensa del derecho a la salud.

En este sentido, el caso de Emiliano expresa la materialización de la acumulación por desposesión en salud, para lo cual se siguió la propuesta de análisis de Itinerarios Burocráticos para los sistemas de salud de Abadía & Oviedo (2009). Los itinerarios burocráticos son *"demandas obligatorias administrativas, financieras y jurídicas que se imponen en los pacientes para acceder a los servicios o recibir una atención adecuada. [...] los cuales se componen de las luchas por el acceso a la atención en salud por parte de las/os ciudadanos, las fallas estructurales del funcionamiento del sistema, y las consecuencias perjudiciales en la vida de las personas"* (Abadía & Oviedo:2009:13).

El caso de Emiliano tiene como finalidad demostrar que: *"la atención en salud no depende de las necesidades de las personas o de la valoración médica, pero sí*

⁵⁹ Los avances de este capítulo me permitieron participar del proyecto del Grupo de Antropología Médica Crítica con su primer trabajo colectivo titulado: salud, normalización y capitalismo en Colombia. La contribución en dicho trabajo fue titulada: derecho lucro – destructivo: vivencias de la ideología posneoliberal en salud (Alzate; Velosa; Oviedo; Abadía, 2013)

del cumplimiento exitoso de las normas administrativas del sistema y los costos financieros (nuevas barreras de acceso y calidad). Cuando es imposible recibir la atención necesaria, el acceso depende de conocer y realizar acciones legales, cuyos resultados se basan no sólo en las interpretaciones de los jueces, sino también en el cumplimiento de los fallos por parte de las instituciones". (Abadia & Oviedo:2009:13) (cursiva propia).

Para ello se siguió la propuesta de los autores de realizar entrevistas semi estructuradas y conversaciones cortas con el fin de obtener un panorama completo de los elementos relevantes para afrontar las negativas por parte del sistema de salud (Kleinman y Seeman, 2000) que lograran la saturación de información. El capital social, cultural y económico se convierten en fundamentales para lograr con éxito la respuesta del sistema a las necesidad básica en materia de servicios de salud.

La presentación del caso pretende la interacción de tres voces, que para distinguirlas, se usarán las siguientes convenciones: i) las diversas instituciones que intervienen: EPS, jueces, otros autoridades estatales, personal médico etc; esta voz estará en el formato corriente usado hasta el momento, entre comillas y conservando la estructura original de dichos textos⁶⁰; ii) *la voz de Esperanza*; esta voz estará con cursiva⁶¹; iii) los que escriben el texto; esta voz estará subrayada.

Emiliano, mi hermano, es químico egresado de la Universidad Nacional de Colombia y abogado de la Universidad Católica. Hombre de rectitud impecable, que obraba siempre bajo los parámetros de la ley y la justicia, cumplió con todos sus deberes como padre, hermano, hijo y ciudadano en forma extraordinaria.

⁶⁰ Todos estos documentos son tomados del archivo personal de Esperanza, que al final del capítulo vienen relacionados.

⁶¹ Entrevistas realizadas a Esperanza el 13, 16 y 17 de marzo de 2010 y revisiones a su archivo personal.

Hacía tan sólo 10 meses que Emiliano se había pensionado cuando sufrió el accidente cerebro vascular (acv), esto es lo más cruel; su mesada pensional es modesta, a pesar de estar calificado como investigador de máximo rango en la institución donde laboró toda su vida.

La víspera del día que sufrió el acv, me encontré casualmente con Emiliano, iba con el hijito y estaba bien. Sin embargo, esa misma noche le empezó el derrame cerebral y fue tan fuerte el dolor de cabeza que no me pudo llamar por teléfono, la sangre derramada en la masa encefálica es salvajemente dolorosa. Al día siguiente me llamó como a las 9 de la mañana, yo lo noté muy enfermo, no podía hablar bien, pero alcanzó a decirme: «estoy muy malo hermana, quedo tranquilo si usted responde por mí, sálveme». Acudí inmediatamente a su casa y lo llevé a la clínica.

En el resumen de la historia clínica de Emiliano se consignó:

“Paciente de 58 años quien ingresó a urgencias por cuadro de 24 horas de evolución de cefalea global con posterior pérdida de la conciencia hasta el estupor profundo. (...) A su ingreso fue encontrado en malas condiciones generales. El paciente es llevado a drenaje quirúrgico urgente de hematoma subdural agudo derecho sin complicaciones transoperatorias”.

Tras la operación Esperanza declaró:

Emiliano salió de la primera cirugía aparentemente bien, pero todo indica que quedó mal operado, porque una vez en la Unidad de Cuidados Intensivos (uci), sangró con más intensidad, y nuevamente fue llevado al quirófano, de esta segunda intervención quirúrgica quedó gravemente enfermo, con las secuelas propias de un acv severo, es decir, en estado de coma profundo.

Al respecto, la nota en la historia clínica es la siguiente:

“En el postoperatorio inmediato hace pico hipertensivo severo con nuevamente midriasis derecha, (...) el TAC mostró resangrado subdural, por lo que es llevado de nuevo a cirugía. En el postoperatorio persiste el coma. Se realizan traqueotomía y gastrostomía. Su cuadro neurológico permanente estacionario, es decir, estado comatoso irreversible clínicamente”.

El estado de Emiliano y los devenires en torno a este, los describe su hermana:

Así empieza la tragedia. En la uci estuvo un mes y tres días, el médico me dijo que el pronóstico era muy malo, que Emiliano tenía muy pocas probabilidades de sobrevivir. A pesar de la gravedad, Emiliano sobrevive y permanece hospitalizado en la misma clínica durante tres meses más. El médico jefe de la uci dijo: «Emiliano de aquí en adelante tiene que estar asistido por una auxiliar de enfermería con dedicación exclusiva las veinticuatro horas del día». Solicité la enfermera, pero tuve que pagarla, los costos fueron muy altos, de todas maneras yo me dediqué a atenderlo e inicié el calvario de la tramitología y presentar una infinidad de solicitudes que fueron negadas por la EPS.

El calvario mayor empieza cuando el médico tratante me dice: «le voy a dar de alta a Emiliano porque la EPS está haciendo muchísima presión para que su hermano salga», le dije: «doctor pero ¿a dónde me lo llevo?» Y me dice: «ese no es problema mío». A mí se me vino el mundo encima. Es absolutamente imposible tener en el domicilio familiar a un paciente en coma profundo. Después de averiguar mucho encontré una Unidad de Cuidados Intermedios, que siguiendo el consejo del médico de la familia era el lugar adecuado para que Emiliano recibiera los cuidados que requería.

Por la gravedad de Emiliano y por mis condiciones de vida particulares era absolutamente imposible llevarlo a casa, él salió de la clínica para la Unidad de Cuidados Intermedios, pero allí tan solo duró 20 días. Emiliano tenía sonda vesical

permanente, y por descuido del médico, le dio una septicemia debido a una infección urinaria sin tratamiento correcto. Por falta de atención oportuna se agravó, a pesar de lo obvio como causa de la infección, el médico no fue capaz de hacer el diagnóstico. Cuando mi hermano se estaba muriendo, después de 24 horas de estar presentando los síntomas, llegó moribundo a la media noche a la clínica. En esta segunda oportunidad lo salvó el médico de familia, eso fue un drama terrible, estuvo 20 días más hospitalizado.

Esperanza solicitó a la EPS de Emiliano la enfermera permanente. La respuesta que recibió fue un documento titulado: «FORMATO DE NEGACIÓN DE SERVICIOS, por concepto [de]: ATENCIÓN DE ENFERMERIA 24 HORAS EN DOMICILIO POR TIEMPO INDEFINIDO». La justificación de la EPS fue: «Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el presente manual. Resolución No. 0561 de 1994 de su artículo 18». En una última casilla sobre: «[...] alternativas para que el usuario acceda al servicio en salud solicitado y haga valer sus derechos legales y constitucionales», la EPS indicó: «Asumir el costo de manera particular»».

Habían transcurrido ya 4 meses y yo no podía seguir pagando los servicios de enfermería permanente. Solicité a la EPS que los brindara, pero no fue posible; la respuesta era que en el Plan Obligatorio en Salud [pos] no estaba incluido, no importaba que el servicio fuera indispensable para la vida del paciente. La EPS se negó rotundamente a dar la autorización del servicio. Me vi obligada a interponer una acción de tutela, la primera, para que el Fondo de Solidaridad y Garantía [Fosyga] pagara el servicio de enfermería permanente a través de la EPS.

El 27 de julio de 2005 el Juez 59 Civil Municipal admitió la acción de tutela interpuesta y además ordenó que: “la accionada [Compensar EPS] preste la totalidad de los servicios de salud (...) mientras se decide el amparo interpuesto (...) en aras de evitar la consumación de un perjuicio irremediable”.

Compensar EPS en su respuesta a la acción de tutela manifestó:

“(…) EN EL PRESENTE CASO, al parecer lo que sucede es que ningún familiar se quiere hacer cargo del paciente una vez salga de la hospitalización (...) **sin tener en cuenta que se le dio de alta para el manejo domiciliario (Programa de hospitalización domiciliaria) por el medico tratante,** (...) Acorde con lo establecido en la ley y los procedimientos que tengan que ver con el manejo paliativo, que significa brindar los cuidados básicos (...) se entienden que son responsabilidad de la familia, la EPS **y en general el sistema de salud,** no asume el cuidado básico *no médico* del paciente; (...) Es indispensable establecer la responsabilidad civil mínima de los parientes hacia su familiar, una vez se superen de mayor manera algunos manejos médicos necesarios, (...) puesto que el Plan Obligatorio de Salud cubija hasta los límites del manejo de salud y obliga como deber a la familia, la participación activa en su manejo.

Sería injusto tutelar por supuesta vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando COMPENSAR no ha hecho nada por poner en riesgo la salud y vida del paciente, por el contrario existen pruebas de la diligencia de COMPENSAR frente a la prestación de los servicios requeridos por el usuario”.

El 9 de agosto de 2005, el juez 59 Civil Municipal apoyándose en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud estimó: (...)

“(…) el despacho considera urgente la prestación de los tratamientos médicos que requiere el paciente a fin de proteger su estado de salud, pues, la negativa de Compensar EPS al servicio requerido (enfermera permanente), no sólo ha tenido la virtud de afectar la integridad física del señor Emiliano, sino también la tranquilidad personal suya y de su núcleo familiar, lo que redundando en el desconocimiento de su derecho a una vida digna, configurándose con ello, una violación a los derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

En suma, no hay argumento legal ni Constitucional para la no prestación de los servicios o tratamientos médicos con carácter urgente que requiere el ofendido, con miras a garantizar su vida, pues ha de concluirse que en ningún caso es posible ni está justificado, interrumpir o negar un tratamiento o procedimiento médico so pretexto de anteponer el factor económico para legitimar la conducta; por ello, la ausencia de obligación legal debe ceder paso a la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la persona, lo cual se logra con la prestación oportuna y eficaz del tratamiento médico prescrito con urgencia”.

La juez de instancia decidió tutelar el derecho fundamental a la salud y ordenó a la EPS Compensar que dentro de las 48 horas siguientes:

“autorice (...) los procedimientos médicos necesarios (...) en forma eficaz y oportuna que requiera el señor EMILIANO, en especial el servicio de enfermería permanente conforme fuera prescrito por el médico tratante, hasta tanto se demuestre que el Estado en cumplimiento del artículo 49 de la Carta Política ha asumido la protección del enfermo o el propio afectado y/o su núcleo familiar se encuentra en condiciones de asumir el costo que demanda el tratamiento”.

Después de obtener el fallo de la tutela, Esperanza afirma:

El 10 de octubre del 2005 llevé a Emiliano a otra Unidad de Cuidados Intermedios, sitio en el que ha permanecido hasta ahora. La batalla legal contra Compensar ha sido permanente, luego de obtener el fallo de tutela favorable para que la EPS le suministrara la enfermera a Emiliano, me tocó interponer un incidente de desacato porque según Compensar, no estaba obligada a pagar los servicios hospitalarios de los últimos días en la clínica. Me vi obligada a firmar dos pagarés en blanco a favor de la clínica. La presión de la juez logró que la EPS cancelara todos los costos de esa primera hospitalización, incluyendo el valor del uso de la cama del 18 al 26 de julio que la EPS no quería cubrir.

El 25 de agosto de 2005, el apoderado sustituto de turno de la EPS Compensar radicó en el despacho del Juez 59 Civil Municipal de Bogotá la contestación al desacato interpuesto por Esperanza. En su defensa argumentó:

“Es importante que el señor Juez tenga conocimiento de que a los familiares del paciente solo se les está cobrando el valor por la utilización de la CAMA en la Clínica Marly entre el 18 y el 26 de julio de 2005. Los demás servicios de salud recibidos durante este tiempo fueron asumidos en un 100% por parte de la EPS.

En todo caso, el señor Juez no ordena en el fallo realizar ningún tipo de reconocimiento económico a favor de la accionante, ni ordenó cubrir retroactivamente el valor de los servicios prestados con anterioridad de la medida provisional.

(...) sin que exista una orden judicial que autorice (...) [la] asunción de costos retroactivos (...) es imposible hacer este tipo de reconocimientos, (...) cuando se realiza el recobro posterior (...) este no es aceptado, toda vez que el Ministerio de Protección Social – administrador del FOSYGA – solo reconoce reembolso contra fallo de tutela específico”.

Esperanza respondió por escrito ante la juez, los argumentos de la EPS:

No resulta entendible que la EPS quiera sustraerse de asumir el servicio hospitalario que se le prestó a mi hermano entre los días 18 y 26 de julio de 2005 como si los derechos fundamentales a la salud y la vida de mi hermano pudieran fraccionarse para favorecer los intereses económicos de la EPS. (...) Resulta inconcebible que la EPS reconozca la prestación del servicio de salud de un enfermo en un hospital y que dentro de ellos no incluya la cama.

La EPS Compensar radicó un nuevo escrito ante el Juez reiterando sus

argumentos. Sin embargo, en el subtítulo de conclusiones señaló:

“Que sin cambiar la posición jurídica inicial, Compensar EPS procedió a autorizar lo que faltaba, es decir, el servicio de cama hospitalaria del 18 al 26 (inclusive) de julio de 2005, para que de esa manera, se le esté dando un cubrimiento al paciente del 100% desde el ingreso a la Clínica Marly y hasta su egreso”.

La EPS Compensar no logró evadir el cumplimiento del fallo de la juez de tutela y cubrió los costos de la hospitalización de Emiliano.

En junio de 2006 la EPS Compensar ordenó que el servicio de enfermería que recibía Emiliano de 24 horas fuera reducido a 12 horas. Ante esta persistencia de no dar cumplimiento al fallo de tutela como lo dispuso la juez, Esperanza radicó un segundo incidente de desacato. La entidad aseguradora en un nuevo documento presentó sus argumentos de defensa. En este sentido informó al despacho de la juez:

El pasado 30 de junio, la Dra. Rojas realizó la visita domiciliaria acostumbrada, encontrando un paciente estable que amerita por un lado, inicio de terapia ocupacional según concepto de neurología, y también disminución en la frecuencia de las terapias físicas y respiratoria así como reducción del acompañamiento de enfermería de 24 a 12 horas, teniendo en cuenta que en la Unidad de Cuidado Intermedio (San Luis) hay personal capacitado para velar por los pacientes en el turno nocturno.

El 4 de julio de 2006, Esperanza dirigió un derecho de petición hacia Compensar EPS solicitando revertir la decisión de la médica tratante de reducir los servicios que recibe Emiliano:

La evolución del paciente durante los últimos tres meses ha sido de notoria mejoría, pues de un coma profundo en que se encontraba ha venido recobrando la

conciencia, de tal manera que hoy es posible establecer comunicación con él, reconoce a los familiares y amigos y está escribiendo frases con sentido, de su propia iniciativa, es capaz de efectuar las 4 operaciones aritméticas y el control motor del cuello y movilidad del miembro superior derecho ha mejorado. Todos estos progresos han sido logrados gracias a los cuidados que se le han venido dispensando, los cuales incluyen atención de enfermería permanente (24 horas), sesiones diarias tanto de terapia física como respiratoria y tres veces a la semana de terapias ocupacional y de fonoaudiología.

Indicó Esperanza que suspender los cuidados y terapias impide que Emiliano se recupere completamente para desempeñarse como profesional y padre de dos hijos. En un documento anexo, remitió concepto médico que reitera la necesidad de los servicios que le venían siendo prestados a Emiliano con la misma frecuencia, y que en lugar de su reducción se deberían incrementar.

El 14 de julio de 2006 la EPS Compensar dio respuesta al derecho de petición interpuesto por Esperanza. La entidad informó sobre los servicios brindados: terapia física, ocupacional, respiratoria, de lenguaje, y atención de enfermería. Sobre la reducción de las terapias y servicios indicó que obedece al criterio médico de los profesionales tratantes.

La experiencia adquirida por Esperanza en las gestiones legales y administrativas, le permitió adelantarse a la juez que debía resolver el desacato y entregarle pruebas que dieran cuenta de la necesidad del servicio de enfermería. Por lo tanto, la juez ordenó a Compensar seguir prestando el servicio de enfermería 24 horas.

El 28 de febrero del 2008, Esperanza ante el agotamiento de los recursos económicos familiares para costear todos los gastos que requiere Emiliano, solicitó a la EPS Compensar que ordenara el alojamiento permanente en la unidad de cuidados intermedios y el suministro diario de 6 pañales desechables marca

Tena, con el fin de que los gastos fueran cubiertos por el seguro de salud que Emiliano sigue pagando de su mesada pensional, y fuera la EPS la obligada a asumir dichos gastos.

El 27 de marzo del 2008 Compensar respondió negativamente a la solicitud, ya que la orden que presentó Esperanza no era del médico tratante: “«[...] el tratamiento a seguir se debe al criterio médico del profesional tratante [...] de conformidad con el Fallo de tutela proferido el pasado 9 de agosto de 2005»”.

Ante esta respuesta, Esperanza remitió un derecho de petición a la médica tratante para que ordene el suministro de los pañales y la hospitalización en el centro de cuidados intermedios. La médica tratante le entregó a Esperanza un documento en donde contestó: (...) “me permito informarle que no es posible acceder a su petición en razón a que lo solicitado no constituye un acto médico”.

Ante estas respuestas Esperanza decidió interponer una nueva acción de tutela. En esta ocasión, argumentó que se tratan de hechos diferentes de la primera tutela, ya que la vulneración del derecho a la salud de Emiliano radica en la negación de los cuidados especializados. En la tutela se relacionaron todos los gastos que demandan la salud de Emiliano y concluyó que sus ingresos no eran suficientes para seguir asumiendo los pagos de su internación en la unidad de cuidados intermedios, San Luis, así como otros implementos necesarios para el cuidado de su salud.

El 31 de julio de 2008 el juez 51 Civil Municipal de Bogotá tomó la siguiente decisión: “(...) administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: 1° **DENEGAR** el amparo de tutela deprecado, por las razones expuestas en esta providencia (...)”

El juez en su sentencia consideró:

“La actora en la declaración visible a folios 77 y 78 señala que el médico tratante no ha expedido la fórmula médica para el suministro de los implementos peticionados ni tampoco ha ordenado la internación del señor EMILIANO en la Clínica San Luis, pues ha sido ella quien a mutu propio consideró necesaria dicha reclusión debido a que no tiene tiempo de atender sus cuidados; lo anterior conlleva a determinar la improcedencia del amparo invocado”.

Ante el fallo desfavorable para Emiliano, Esperanza impugnó la decisión de juez de primera instancia:

El Juzgado 51 Civil Municipal entendió, erróneamente por cierto, que la necesidad de mantener a EMILIANO interno en una institución de cuidados intermedios y de suministrarle pañales se deriva de un capricho mío, (...) que yo decidí a motu propio que mi hermano requiere tales cosas, afirmación desafortunada que sirvió de base para negar lo que pido.

La impugnación fue resuelta por el Juez Dieciocho Civil del Circuito. El juez consideró:

“Ahora lo que si aparece acreditado en el expediente es que la EPS COMPENSAR no sólo ha venido prestándole todos los servicios a que tiene derecho el paciente EMILIANO como afiliado de dicha entidad, sino que además en cumplimiento del fallo de tutela (...) le ha prestado otros que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud, y con ello se le está garantizando sus derechos fundamentales pues se está cubriendo integralmente su patología, al punto que se le está ofreciendo además un servicio de atención en casa”.

Con estos argumentos el juez de segunda instancia confirmó la decisión del primer juez. El expediente de Emiliano fue remitido a la Corte Constitucional, que el 18 de noviembre de 2008 por medio de la Sala de Selección No. 11 decidió excluir de revisión el proceso de tutela de Emiliano.

Mi hijo que va en cuarto año de Derecho me asesoró: “no mamá hay que hacer que la Corte Constitucional lea el caso, uno puede acudir a varias instancias para recomendarle a la Corte que por favor considere el caso para revisión, aunque finalmente la Corte tiene la última palabra”.

El 13 de noviembre del 2008, Esperanza remitió varios derechos de petición dirigidos al procurador general de la nación; a la procuradora auxiliar de asuntos constitucionales y a la Defensoría del Pueblo, solicitando que elaboraran una insistencia ante la Corte Constitucional para que la siguiente Sala de Selección de la Corte reconsidere el caso para su eventual revisión. Finalmente, la Defensoría del Pueblo, por intermedio de un abogado asesor presentó la insistencia ante la Corte que prosperó, y la Corte Constitucional revisó el caso de Emiliano.

El 7 de mayo de 2009 la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional falló de forma definitiva sobre el caso de Emiliano. El magistrado ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, fundamentó sus decisión en el reconocimiento del derecho a la salud como fundamental según los términos de la sentencia T-760/08.

En el análisis del caso concreto de Emiliano la Sala de decisión encontró que Emiliano requiere los servicios con necesidad, al verse comprometidos sus derechos fundamentales a la salud, la vida y el mínimo vital. Indicó que la EPS no valoró al paciente ni desvirtuó los conceptos médicos externos, por lo que no puede negarse a la prestación de los servicios que requiere Emiliano.

En cuanto al costo de la hospitalización al ser asumida por Emiliano se trata de una carga que no puede ser soportada de forma continua, sin que el suministro de los pañales tengan la misma valoración, al respecto la Corte señaló:

“Desde este panorama, la erogación por el servicio *requerido* sería superior a la mitad de sus ingresos; valor que afectaría desproporcionadamente el mínimo vital

del agenciado [Emiliano]. Sin embargo, no sucede lo mismo con el suministro de pañales u otros insumos indispensables para el cuidado personal del paciente, por cuanto su costo no resulta exagerado.

La Corte Constitucional revocó las decisiones de los jueces de instancia y en su lugar concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y la integridad personal de Emiliano. La Corte ordenó a la EPS Compensar garantizar la estancia de Emiliano en una institución hospitalaria de ii nivel, especializada en cuidados intermedios, pero no les exigió el suministro de los pañales.

El 2 de diciembre del 2009, Esperanza acudió nuevamente a los estrados judiciales, dado que por tercera vez Compensar intentaba eludir el cumplimiento de la orden judicial de la enfermera permanente del primer fallo de tutela, ahora Compensar ordenaba la suspensión definitiva de ese servicio, argumentando que la Unidad de Cuidados Intermedios donde está Emiliano ya presta este servicio.

Las auditorías de Compensar realizaron una visita a la Unidad de Cuidados Intermedios y sin motivación suficiente ordenaron la suspensión de la atención de enfermería permanente las 24 horas, sin ser su médico tratante ni tener en cuenta las condiciones de Emiliano. Si bien en el paquete de servicios que presta la clínica a la EPS Compensar incluye el personal de enfermería, debe considerarse el cuidado especial que requiere Emiliano, pues la auxiliar de enfermería de la clínica tiene que cuidar a diez pacientes del pabellón sur en el que se encuentra mi hermano.

El 15 de diciembre de 2009 Compensar radicó en el juzgado la respuesta al incidente de desacato. En su defensa argumentó:

“la accionante pretende suplir una orden médica con la de un juez, acude a la justicia sin sustento alguno, solicitando servicios que no han sido negados, se trata

de un capricho de la accionante, lo procedente es seguir lo ordenado por los médicos tratantes, con el fin de continuar con el tratamiento (...).”

Para la EPS el médico tratante fue autónomo en sus decisiones y actúa conforme a su conocimiento, pericia y ética, por lo tanto, la entidad se somete a lo que ordene el médico y respeta su autonomía profesional.

El 21 de enero de 2010 el juez encargado de resolver el desacato ordenó la apertura de una etapa probatoria, oficiando al médico tratante de Emiliano para que certifique si requiere el servicio de enfermera permanente.

En la madrugada del 25 de marzo de 2010, la enfermera Ingrid Pachón relató en un escrito que cuando estaba cuidando a Emiliano, al momento de cambiarlo de posición encontró un sinnúmero de hormigas sobre su cuerpo. Dichas hormigas lo mordieron en el brazo izquierdo y la pierna izquierda dejando huellas evidentes de la lesión.

Con el plan complementario conseguí cita con un fisiatra que nunca había atendido a Emiliano. En vez de hacer el examen correspondiente, el fisiatra empezó a decirme que Emiliano no necesitaba enfermera. El médico estaba obedeciendo las órdenes que la auditora de la EPS le había impartido momentos antes de iniciar la consulta, lo sé porque delante de mí recibió la llamada de la auditora. Dicha auditora era la misma que se estaba empeñando en quitarle la enfermera permanente a mi hermano y con quien yo había tenido una discusión muy fuerte para que no insistiera en el retiro de la auxiliar. Es decir, el fisiatra no hizo consulta, ni se preocupó por el paciente, faltó a la ética y se inclinó sumiso ante la orden perentoria de la auditora de Compensar.

A los 2 días del episodio anterior, pero además sin que yo lo hubiera pedido, Emiliano apareció con una cita de neurología, con seguridad y después de la

experiencia anterior, era para que ese doctor dijera que no necesitaba enfermera. Esta cita, sin consentimiento mío, la había solicitado la auditora de Compensar.

Parece que el problema radica en que a Compensar le están obligando a pagar la enfermera permanente. El Fosyga no le quiere reconocer ese recobro porque ya está pagando la Unidad de Cuidados Intermedios. El argumento del Fosyga es que en ese paquete se está pagando la auxiliar de enfermería. Los jefes de la auditora le han ordenado reducir costos y suprimir los servicios de enfermería particular a Emiliano.

A inicios del año 2010 la auditora citó a una reunión para analizar el caso de Emiliano, delegué en mi hijo mi intervención, él habló con mucha propiedad y les explicó: «Cuando el juez falló por la interdicción del paciente Emiliano, en cabeza de su hermana Esperanza, quedó en ella todo el poder de decisión y nada le pueden hacer a Emiliano si no es con la autorización de ella. Es que le toca estar muy pendiente de Emiliano porque un juez le entregó ese derecho y obligación, si le llega a pasar algo a Emiliano, Esperanza es la responsable».

Esta querrella refleja la situación coyuntural que se vivió con la discusión de los decretos de la Emergencia Social en Salud a inicio del año 2010, en donde la “crisis financiera” del sistema abrió un periodo de indefinición jurídica aprovechado por las EPS, que lo utilizan para escudarse e intentar disminuir costos.

En las EPS es terrible el sinnúmero de oficinas y la cantidad de tiempo que hay que dedicar para hacer los trámites. Son filas interminables para recibir los insumos como las jeringas, las agujas, las bolsas para la alimentación, las gazas, eso se hace en un sitio, recibir el alimento en otro; los trámites para remisiones a interconsultas se hacen en un sitio diferente.

Emiliano es el paciente más antiguo de esa unidad de cuidados intermedios. Desde hace cuatro años y medio que Emiliano está ahí, los otros pacientes que

han entrado en las mismas condiciones han fallecido. Este sistema de salud es muy perverso, yo afirmo y no me retracto, que está fríamente calculado para que los pacientes de las llamadas enfermedades catastróficas se mueran rápido, me atrevo a afirmar que el modelo en salud puesto en práctica en Colombia es una organización social de la muerte.

A continuación presentamos un recuento de la revisión documental sobre todos los trámites que Esperanza y Emiliano han llevado a cabo para que se mantenga con vida, en su lucha por la exigibilidad del derecho a la salud.

| Trámites internos de salud | | |
|-----------------------------------|---------------------------------------|---|
| Fecha | Tipo | Descripción |
| 2 Julio, 2005 | Relación de pagos | Relación de enfermeros particulares contratados por Esperanza para el cuidado de Emiliano y el valor pagado. |
| 21 julio, 2005 | Formato de negación de servicios | Compesar no autoriza la atención de enfermería 24 horas en domicilio por tiempo indefinido. |
| 26 julio, 2005 | Comunicación de la clínica a la eps | Carta del auditor médico interno de la clínica dirigida al gerente de la eps Compensar para conocer hasta qué fecha serán asumidos los servicios de hospitalización de Emiliano. |
| Sin fecha | Pagaré | Pagaré en blanco firmado por Esperanza y su hijo a favor de la clínica para el pago de al atención de Emiliano. |
| 26 julio, 2005 | Comunicación de Compensar a Esperanza | La gerente de servicios hospitalarios de la eps Compensar le informa a la familia de Emiliano que ante su egreso hospitalario la eps lo incluyó en el programa de atención domiciliaria |

| | | |
|---------------------------------|------------------|---|
| 1 agosto, 2005 | Recibo | Recibo de pago por cuidados de enfermería especializada a Emiliano del 5 al 17 de julio. |
| 1 agosto, 2005 | Recibo | Recibo de pago por cuidados de enfermería especializada a Emiliano del 2 de julio al 1 de agosto. |
| 1 agosto, 2005 | Recibo | Recibo de pago por cuidados de enfermería especializada a Emiliano del 19 de julio al 1 de agosto. |
| 23 agosto, 2005 | Historia clínica | Historia clínica de Emiliano firmada por el médico internista y jefe de la unidad de cuidados intensivos de la clínica. |
| 10 octubre, 2005 | Recibo de pago | Recibo de pago por cuidados de enfermería especializada a Emiliano del 21 de septiembre al 9 de octubre. |
| 30 junio, 2006 | Concepto médico | Concepto del médico tratante de Emiliano, explicando que es imperiosa la necesidad de los tratamientos que recibe el paciente, y que no deben ser disminuidos, sino por el contrario incrementado. |
| 25 enero, 2006 | Fórmula médica | Fórmula médica recetada a Emiliano con un listado de ocho medicamentos. |
| 26 marzo, 2006 | Testimonio | La enfermera de Emiliano da fe que encontró un sinnúmero de hormigas en su cuerpo, que le ocasionaron lesiones en sus extremidades. |
| 12 abril, 2010 | Testimonio | Auxiliar de enfermería que denuncia diversas irregularidades en la unidad de cuidados intermedios donde permanece Emiliano, en la atención a los pacientes, en las relaciones laborales, y las condiciones del lugar. |
| Trámites administrativos | | |

| Fecha | Tipo | Descripción |
|---------------------|-------------------------------------|--|
| 21 julio, 2005 | Documento privado | Negación del servicio de atención de enfermería las 24 horas en domicilio por tiempo indefinido, por no estar expresamente considerado dentro del pos, se sugiere como alternativa, asumir el costo de manera particular. |
| 16 septiembre, 2005 | Documento privado | Autorización de servicios hospitalarios de Compensar con una cobertura del 100%. |
| 4 julio, 2006 | Derecho de petición | Esperanza informa que la doctora que realizó la visita médica a Emiliano ordenó la disminución en la frecuencia de las terapias físicas y respiratorias, así como la reducción de la enfermera permanente de 24 a 12 horas, y que ante la notoria mejoría, se revertiera la decisión de la orden médica. |
| 14 julio, 2006 | Contestación de derecho de petición | Se le informa a Esperanza que el cambio en el tratamiento se debe al criterio médico de los profesionales tratantes. |
| 17 noviembre, 2007 | Estado de cuenta casa Andes | Balance de ingresos y egresos y saldo a favor. |
| 28 febrero, 2008 | Derecho de petición | Esperanza solicita a Compensar eps la autorización del alojamiento permanente de Emiliano en unidad de cuidados intermedios y el suministro de insumos (pañales) ante el agotamiento de los recursos económicos para cubrir dichos gastos. |
| 17 marzo, 2008 | Respuesta de derecho de | Compensar eps contesta el derecho de petición de Esperanza solicitando la |

| | | |
|------------------|---|---|
| | petición | autorización para el alojamiento permanente de Emiliano en unidad de cuidados intermedios y el suministro de insumos (pañales), manifestando que no se accede por no provenir de una orden del médico tratante. |
| 25 junio, 2008 | Certificación mesadas pensionales | Relación de los ingresos de Emiliano por concepto de su mesada pensional, el descuento por aportes al sistema de salud y embargo de familia. |
| 22 agosto, 2008 | Respuesta de derecho de petición | Compensar eps contesta al derecho de petición de Esperanza de solicitud de autorización de alojamiento y suministro de insumo según la orden del juez de tutela en el fallo del 9 agosto del 2005. Compensar no accede a la petición por cuanto no ha sido ordenado por el médico tratante, el cual informó que la autorización de dichos servicios no constituye un acto médico. |
| 26 mayo, 2008 | Derecho de petición | Esperanza le solicita al médico tratante de Emiliano la autorización de alojamiento permanente en unidad de cuidados intermedios y el suministro de pañales marca Tena. |
| 1-30 junio, 2006 | Formato de seguimientos pacientes visitas domiciliarias | Se consigna: Los datos de identificación de Emiliano; su diagnóstico actual: Secuelas ecv hta, gastriclisis, epilepsia focalizada, micosis; el plan de manejo actual; número de actividades y sus frecuencias; la evolución; novedades y dificultades de la quincena: Vive en unidad de cuidados intermedios; tiempo estimado de tratamiento: 12 meses, control en |

| | | |
|----------------|---|--|
| | | un mes; fecha de egreso; logros obtenidos; observaciones reunión Compensar-mg domiciliario. |
| 1 julio, 2008 | Respuesta de derecho de petición | El médico tratante de Emiliano conceptúa que la solicitud de Esperanza de suministro de pañales marca Tena y la hospitalización en la Unidad de Cuidados Intermedios no constituye un acto médico. |
| Agosto, 2008 | Concepto médico | Concepto rendido por médica cirujana que dictamina que por las condiciones especiales de Emiliano, se requiere atención en institución de cuidados intermedios. |
| 5 agosto, 2008 | Concepto médico | Concepto de médico en neurociencias y biología del comportamiento, quien ha sido médico tratante de Emiliano durante los últimos 20 meses que certifica la necesidad de ser atendido en hospitalización en una clínica de cuidados intermedios de nivel ii. |
| Sin fecha | Concepto médico | El médico tratante de medicina interna de Emiliano, desde el momento de la hemorragia cerebral severa, certifica que las condiciones actuales de salud requieren tratamiento y atención diaria proporcionada por una institución hospitalaria de nivel ii, como atención mínima requerida. |
| 27 enero, 2009 | Remisión, solicitud y autorización de servicios | Autorización de la eps Compensar al servicio de 12 horas nocturnas por auxiliar de enfermería válido para 30 sesiones en la institución de cuidados intermedios donde se encuentra Emiliano. |
| | | |

| Trámites judiciales | | |
|----------------------------|--|---|
| Fecha | Tipo | Descripción |
| 24 julio, 2005 | Acción de tutela | Acción de tutela interpuesta por Esperanza a favor de Emiliano por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana por parte de la eps Compensar al negarse a prestar el servicio de enfermera permanente. |
| 27 julio, 2005 | Auto admisión de tutela y medida provisional | La juez 59 civil municipal ordenó darle el trámite legal y constitucional a la acción de tutela interpuesta por Esperanza a favor de Emiliano, para el suministro de la enfermera permanente. Para la protección de Emiliano decretó la medida provisional del suministro de la enfermera mientras se surtía el trámite de la acción de tutela. |
| 27 julio, 2005 | Comunicación del Juzgado 59 Civil Municipal | Se notificó a la eps Compensar de la decisión de la jueza de ordenar la medida provisional del suministro del servicio que requiere Emiliano, con el fin de que procediera con su inmediato cumplimiento. |
| 28 julio, 2005 | Cumplimiento medida provisional | Comunicación de la eps Compensar al Juzgado 59 Civil Municipal en donde informa sobre el cumplimiento a cabalidad de la medida provisional y solicitud de autorización de recobro ante el Fosyga. |
| 19 agosto, 2005 | Sentencia de tutela | La juez 59 civil municipal concede la protección a los derechos vulnerados y ordena a que Compensar eps suministre el servicio de enfermera permanente. |

| | | |
|---------------------|---|---|
| 26 agosto, 2005 | Contestación incidente de desacato | Compensar informa que no cubre los servicios hospitalarios de la cama, en tanto dicho servicio fue prestado con anterioridad a la notificación de la medida provisional. |
| 13 septiembre, 2005 | Incidente de desacato (segundo interpuesto) | Esperanza informa a la juez que Compensar eps no da pleno cumplimiento al fallo, al negarse a cubrir los costos del servicio hospitalario (uso de la cama) de Emiliano entre el 18 y el 26 de julio del 2005. |
| 19 septiembre, 2005 | Contestación incidente de desacato | Compensar informa que para no incurrir en un desacato se cubrió el valor del servicio de cama hospitalaria. |
| 13 junio, 2006 | Contestación incidente de desacato | Compensar eps informa al despacho que según el concepto médico de la profesional que atiende a Emiliano, el paciente ameritaba la disminución de las terapias y el servicio de enfermería, dando cumplimiento a los términos de la orden judicial. |
| 24 julio, 2006 | Réplica a la respuesta de Compensar eps | Esperanza le explica a la juez todos los cuidados que requiere Emiliano, y que la médica tratante ha hecho un seguimiento esporádico. También explica que Compensar no da cumplimiento al fallo de tutela. Se solicita una inspección judicial y otro concepto médico que determine las necesidades en salud de Emiliano. |
| 26 abril, 2007 | Examen psiquiátrico forense | El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, regional Bogotá, practicó un examen psiquiátrico forense a Emiliano a solicitud del Juzgado 5º de Familia dentro del proceso de interdicción, a raíz del accidente. |

| | | |
|--------------------|--|---|
| 16 julio, 2008 | Acción de tutela (segunda interpuesta) | Esperanza interpone una segunda acción de tutela solicitando el suministro de pañales desechables y la atención de Emiliano en una Unidad de Cuidados Intermedios, en tanto, la eps Compensar no accedió a dichas peticiones. |
| 31 julio, 2008 | Sentencia de tutela (segunda interpuesta) | La juez 51 civil municipal negó el amparo solicitando en tanto no aportó en el expediente prueba de que los servicios requeridos por Emiliano fueran autorizados por el médico tratante adscrito a la eps Compensar. |
| 5 agosto, 2008 | Impugnación de sentencia de tutela (segunda interpuesta) | Exposición clara y detallada sobre la mala apreciación del juez de primera instancia y la procedencia de la acción de tutela ante el cumplimiento de todos sus requisitos tanto formales como de fondo, según el precedente de la Corte Constitucional en materia del derecho a la salud. |
| 1 septiembre, 2008 | Sentencia de tutela (segunda interpuesta) | El Juzgado 18 Civil del Circuito resolvió la impugnación contra el fallo del juez de primera instancia, confirmando dicha decisión, por no cumplirse con el requisito de presentar una orden de un médico adscrito a la eps del afiliado. |
| 27 octubre, 2008 | Autorización para juzgado | Autorización de Esperanza dirigida al Juzgado 10 Civil Municipal para entrega copia de la sentencia interpuesta para el caso de Emiliano. |
| 5 noviembre, 2008 | Solicitud de insistencia | Esperanza le solicita al procurador general de la nación para que eleve insistencia ante la Corte Constitucional y revise el caso de Emiliano con el fin de que proteja sus derechos |

| | | |
|--------------------|--|--|
| | | fundamentales vulnerados por la eps Compensar. |
| 13 noviembre, 2008 | Solicitud de insistencia | Esperanza le solicita al procurador auxiliar de asuntos constitucionales, de la Procuraduría General de la Nación para que eleve insistencia ante la Corte Constitucional y revise el caso de Emiliano con el fin de que proteja sus derechos fundamentales vulnerados por la eps Compensar. |
| 3 diciembre, 2008 | Respuesta derecho de petición Corte Constitucional | La secretaria general de la Corte Constitucional le responde a Esperanza, explicándole que la Sala de Selección de la Corte, luego de estudiar el expediente de tutela de Emiliano, decidió excluirlo de revisión. |
| 15 diciembre, 2008 | Solicitud de insistencia | Esperanza le solicita al abogado asesor con funciones de director nacional de recursos y acciones judiciales de la Defensoría del Pueblo que eleve insistencia ante la Corte Constitucional y revise el caso de Emiliano con el fin de que proteja sus derechos fundamentales vulnerados por la eps Compensar. |
| 7 mayo, 2009 | Sentencia Corte Constitucional | La sala de revisión de tutela de la Corte revoca las decisiones de los jueces de instancia, y en su lugar, concede la acción de tutela a favor de Emiliano, ordenado a Compensar eps autorizar el alojamiento permanente en la Unidad de Cuidados Intensivos. Sin embargo, no tutela el suministro de insumos (pañales). |
| 4 diciembre, 2009 | Incidente de desacato | Esperanza manifiesta que la auditora de Compensar eps decidió de forma unilateral |

| | | |
|--------------------|--|---|
| | (tercero interpuesto) | retirar el servicio de enfermera permanente las 24 horas, sin mediar orden del médico tratante ni tener en cuenta las condiciones de Emiliano. |
| 14 diciembre, 2009 | Respuesta al incidente de desacato | Compensar eps insiste en que se autoriza todo lo que requiera el paciente de acuerdo con lo ordenado por el médico tratante. Sin embargo, la accionante pretende suplir la orden médica con el fallo de tutela. |
| 18 enero, 2010 | Respuesta al incidente de desacato | Compensar eps insiste en que se autoriza todo lo que requiera el paciente de acuerdo con lo ordenado por el médico tratante. Sin embargo, la accionante pretende suplir la orden médica con el fallo de tutela. |
| 19 enero, 2010 | Traslado respuesta de Compensar eps | El Juzgado 59 Civil Municipal pone en conocimiento de Esperanza la respuesta de Compensar eps al incidente de desacato interpuesto. |
| 20 enero, 2010 | Respuesta a la segunda contestación de Compensar eps | Esperanza reitera que Compensar eps ha retirado los servicios de enfermería permanente, y que en su respuesta falta a la verdad, porque además la suspensión del servicio no fue hecha por el médico tratante de Emiliano sino por la auditora. |
| 3 febrero, 2010 | Incidente de desacato (cuarto interpuesto) | Esperanza informa sobre un nuevo incumplimiento de Compensar eps de restablecer el servicio de enfermera permanente. Argumenta que la unidad de cuidados intermedios ya incluye este servicio de forma permanente. |
| 21 enero, 2010 | Auto de pruebas | La juez cincuenta y nueve civil municipal ordenó la apertura probatoria en el proceso de |

| | | |
|--|--|--|
| | | desacato, ordenando oficiar al médico tratante para que se pronuncie sobre la necesidad de la enfermera permanente para Emiliano |
|--|--|--|

Conclusiones

La caracterización del mundo contemporáneo desde los planteamientos del moderno sistema-mundial y el imperialismo, centran su debate en el desarrollo del capitalismo, sus transformaciones y reconfiguraciones, a la par que en sus continuidades y persistencias en las formas de opresión y explotación en que se sustenta como modo de producción y forma de organización de la sociedad. Por ello se tomó como marco general de análisis y punto de partida para el estudio y análisis del derecho, así como su transformación en el mundo contemporáneo.

El imperialismo en salud a partir de la acumulación por desposesión ha sido una avanzada a escala mundial, para imponer las agendas políticas articuladas desde organismos multilaterales. Estas agendas se concentran especialmente, en la mercantilización de la salud, su segmentación estricta entre bienes privados y bienes públicos, la creación de mercados de la salud y el abandono del Estado en su prestación para ser reemplazado por las empresas privadas.

América Latina ha sido un espacio para la reestructuración capitalista, especialmente, en la década de los noventa ante la emergencia del neoliberalismo. Este término corresponde a la estrategia de la hegemonía conservadora en la construcción discursiva tanto del momento neoliberal, como de su alternativa para superarlo, el posneoliberalismo, pero que ambos momentos están enmarcadas en los márgenes capitalistas, sin que afecten la centralidad del mercado y la reproducción, flujo y circulación del capital. Siguiendo los planteamientos de la economía política de los muertos, el proyecto de reestructuración capitalista es avanzar en las reformas necesarias para seguir bajo el control del reino de los muertos vivientes.

Colombia, -junto a México y Chile- ha sido pionera en la implementación y sofisticación de la estrategia (pos)neoliberal. En medio del conflicto social y armado, el terrorismo de Estado y la consolidación del para-Estado se promulgó la Constitución Política de 1991 que definió a Colombia como un Estado Social de

Derecho. El cambio de la centenaria constitución de 1886 se inscribe dentro del modelo del «constitucionalismo aspiracional» o el «neoconstitucionalismo», que suponía un cambio y transformación profunda de las sociedades para dejar atrás las formas autoritarias, las inequidades y la violencia; para dar paso a la paz, la democracia y el respeto de los derechos humanos.

En el marco de este cambio constitucional y como parte de su desarrollo, se llevó a cabo una transformación estructural del sistema de seguridad social en salud, bajo la orientación del paradigma de mercantilización, reducción del Estado hacia la privatización y el esquema de aseguramiento, contenido en la ley 100 de 1993. En lugar de plantear una contradicción entre la ley 100 y la Constitución de 1991, por el contrario, asistimos a un *continuum* de procesos, que reflejan cómo la estrategia (pos)neoliberal en Colombia usó mecanismos jurídicos-políticos, en donde el Estado Social de Derecho amparaba el nuevo sistema de salud.

El desarrollo del sistema de salud que inauguró la ley 100 de 1993 ha estado marcado por una extensa reglamentación, reflejada en la explosión normativa que ha conformado una masa compleja de regulación dispersa, desordenada, contradictoria, con un alto grado de tecnificación, que incluso llega a ser incomprensible a los operadores jurídicos como abogados y jueces. Esta amplia regulación ha quedado contenida en diversos dispositivos jurídicos como decretos, resoluciones, acuerdos, etc., en donde se mantiene un proceso permanente de reforma y reestructuración de una política pública experimental, que a lo largo del tiempo y bajo diferentes gobiernos se ha consolidado como política de Estado.

El análisis crítico del derecho desde una perspectiva marxista comprende el derecho como relación social que guarda estrecha articulación con el capital, que permite su formación, flujo y reproducción, pero a su vez contradictoria, al establecer límites y barreras a la acumulación infinita de capital, como mediaciones políticas entre el capital y el trabajo.

La interpretación sobre el derecho contemporáneo se concentró no sólo de forma superestructural, sino también como relación social que se entabla entre seres humanos en donde están en juego diversos poderes, subjetividades, ideologías, compromisos de clase y hegemonías; así como lograr dar cuenta que estas relaciones se dan entre sujetos de carne y hueso que piensan, obedecen, se someten y que también algunos se subordinan a la dominación que imponen las formas jurídicas.

El sistema de salud en Colombia y sus desarrollos jurídicos se enmarcan en el «derecho útil al capital», en tanto que su desarrollo está orientado por la lógica lucro-eficiente que garantiza el cálculo capitalista, de la mano de la seguridad jurídica que va a blindar los procesos de acumulación de capital bajo el principio de legalidad. Sin embargo, este «derecho útil al capital» no se presenta como tal, sino se encubre bajo la supuesta orientación expresa del interés general, pero que tanto en su contenido como en su práctica está dirigido a reforzar y mantener los procesos de acumulación de capital y la salud como negocio.

Tanto el derecho como el capitalismo plantean una compleja relación entre teoría y práctica. Para efectos del análisis, proponemos estudiar el «derecho útil al capital» desde una doble configuración: como «derecho letrado» y como «derecho practicado». Se trata de una relación dialéctica compleja, que está en movimiento y cambiando constante, a veces complementándose una a otra, o en ocasiones de forma contradiciéndose entre sí.

El «derecho útil al capital letrado» se manifiesta en el sistema de salud en el modelo teórico del “pluralismo estructurado” y la "atención gerenciada" sobre el cual se sustenta el mercado regulado de la salud. Dicho sistema se plantea como vía intermedia entre el Estado y el mercado, en una combinación de ambos elementos que pretendía mezclar las bondades de cada uno para la garantía del derecho a la salud. Desde la letra de la ley, el derecho útil al capital se manifiesta en el diseño mismo del sistema de salud, y que su pretendida objetividad y

desarrollo de un amplio conjunto de principios de universalidad, equidad, integralidad, etc., son manifestaciones ideológicas para dar legitimidad a un modelo de salud sustentado en la concepción de la salud como una mercancía que se adquiere en el mercado, según la capacidad patrimonial de los sujetos.

En el análisis del «derecho útil al capital practicado» da cuenta del uso y abuso que en las relaciones sociales imponen los diversos actores para captar rentas del sistema de salud, aplicar sus propias formas útiles al capital en detrimento de la red pública hospitalaria, los trabajadores de la salud, los estudiantes y los usuarios/clientes del sistema. Nuestro análisis nos permite concluir que las aseguradoras privadas de salud EPS tienen bajo su control el mercado de la salud, han logrado establecer eficaces dispositivos de gobierno privado indirecto para el control de Estado, y también limitar al aparato estatal para sostener y mantener el negocio de la salud. Las estrechas relaciones de la clase política hegemónica con las aseguradoras privadas han logrado revocar cualquier reforma contraria a sus intereses, permitiendo la continuidad y la permanencia del negocio de la salud.

En este escenario de reducción de la salud a los contenidos del «derecho útil al capital», la ciudadanía debe enfrentar el entramado administrativo del sistema con el fin de lograr la garantía y cumplimiento del derecho constitucional a la salud. Al no ser suficiente las vías administrativas, acude a las vías judiciales, a través de la acción de tutela. Esto condujo a la “judicialización” de los conflictos con el sistema de salud, que permitieran romper con la lógica lucro-eficiente del sistema.

La judicialización de la salud, entendida como parte de las mediaciones políticas del «derecho útil al capital», conduce a un análisis detallado acerca de cómo los jueces constitucionales se enfrentan al «derecho útil al capital». Los análisis de este proceso tienden a rescatar los elementos de “pluralismo jurídico”, “legalidad cosmopolita”, como expresión del “constitucionalismo aspiracional” y el “neoconstitucionalismo”, incluso desde la dialéctica “derecho/desorden” se ha

planteado que la judicialización como expresión del nuevo pacto democrático, en donde los sujetos acuden a los mecanismos jurídicos para hacer exigibles los derechos y garantías estipulados en las constituciones ante los jueces; al punto de plantear que la lucha de clases se ha desplazado y difuminado como reivindicaciones políticas, a ser una lucha de acciones jurídicas ante los estrados judiciales.

El uso de los mecanismos jurídicos por las clases subalternas en búsqueda de la protección y garantía del derecho a la salud, ha permitido que las personas logren acceder a la atención sanitaria. Sin embargo, las distintas acciones de los sujetos para enfrentar a las empresas aseguradoras a través de procesos judiciales, solo pueden entenderse como ancladas a una estructura que es definida por los marcos normativos impuestos por el Estado. Si bien mecanismos como el derecho de petición, o la acción de tutela fueron diseñados para la protección urgente y oportuna de los derechos consagrados en la Constitución de 1991, valorados como importantes avances en la protección de los derechos humanos por parte de la dogmática constitucional, su puesta en marcha evidencia los estrechos márgenes de maniobra para la exigibilidad del derecho a la salud.

El éxito en el uso de estas formas jurídicas, como en el caso de Esperanza, evidencia la forma como los capitales individuales están en juego profundizando desigualdades sociales. Así, en la medida que quien acude a este tipo de mecanismos jurídicos tenga menores conocimientos sobre su uso, procedimientos y trámites y, además, carezca de los recursos económicos que demandan su utilización práctica, será menor el éxito que logre.

La labor de los jueces constitucionales ante las reclamaciones por el derecho a la salud, los llevó, en un principio, a romper con la lógica lucro-eficiencia del sistema. Por ejemplo, en cuanto al contenido del Plan Obligatorio de Salud (POS), en sus primeras decisiones, la Corte Constitucional se opuso a una interpretación excluyente y restrictiva de dicha reglamentación. Para la Corte dicha interpretación

no era compatible con el derecho a la salud dentro de un Estado Social de Derecho, en especial, cuando se trata de «sujetos de especial protección constitucional», para quienes la salud es un derecho fundamental. En consecuencia, la Corte aplicó la excepción de inconstitucionalidad del POS y ordenó el suministro de los tratamientos, medicamentos y demás servicios requeridos. La jurisprudencia constitucional articuló una «justicia anormal», toda vez que no se inclinó ante los mandatos del «derecho útil al capital», sino que por el contrario, hizo que primaran los derechos sociales y la vida de los sujetos que demandaban.

Posteriormente, la interpretación discordante con el mercado de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud va a ser neutralizada a través de un proceso de la «normalización» de la justicia en salud. Las presiones políticas sobre la jurisprudencia activista de protección del derecho a la salud ganaban terreno ante las críticas hacia los jueces por estar generando desequilibrios financieros del sistema. Se desarrolló al interior de la Corte un proceso de tecnificación de la jurisprudencia en salud, con el fin de establecer con exactitud y previsibilidad al cálculo lucro-eficiente, cuándo una persona tiene derecho a determinados servicios de salud. El derecho fue reducido a los mínimos para que la persona no desaparezca, sin que llegue a superar esos límites del «mínimo vital», ya que se trataría de un gasto regresivo al tener la persona la capacidad de pago.

Si bien la interpretación de la Corte Constitucional va a seguir siendo sustentada en la garantía del derecho fundamental a la salud, su construcción doctrinal de la salud como derecho fundamental autónomo no supera su simple enunciación discursiva y, por el contrario, va a establecer el parámetro de lo justo dentro de los límites impuestos por el «derecho útil al capital», como efectivamente lo hace la Corte en la Sentencia T-760/08.

Tanto las formas jurídicas para la exigibilidad del derecho a la salud como la labor de la Corte Constitucional, evidencian como el capitalismo en salud en Colombia opera bajo una dinámica compleja alrededor de lo que vemos como una nueva forma cultural de ver la salud en el «(pos)neoliberalismo»: el aumento de la rentabilidad de las empresas del sistema y nuevas formas comerciales de entender, exigir y reivindicar el derecho a la salud.

El conjunto de interminables trámites administrativos ante las diversas autoridades del sistema, los costos adicionales a la póliza de aseguramiento, las fallas en el ejercicio clínico, los «itinerarios burocráticos» son procesos relacionados con el manejo rentístico de la salud, dinámicas que han sido impuestas por el pacto mercado-Estado burgués, que no solo tiene consecuencias para la vida del enfermo, sino que también afecta a las redes que están obligadas a enfrentar la estructura anti-solidaria del sistema de salud, provocando diversas formas de sufrimiento y malestar.

El itinerario burocrático que debió satisfacer Esperanza para garantizar la protección y atención de su hermano causó un impacto deletéreo en su salud debido a las múltiples angustias que este proceso le ha fundado. Esperanza nos cuenta, lo que ha significado cuidar de Emiliano y enfrentar al sistema de salud:

"Eso que yo les cuento en 10 minutos [sobre la segunda tutela] fue año y medio de sufrimiento. Esta tragedia que he vivido con Emiliano ha cambiado todo mi plan de vida, yo pensaba poder disfrutar de mi pensión y hacer hartas cosas. Trabajé toda la vida en el sector salud, la propia formación mía política e ideológica me hacen guerrera para enfrentar esto, hasta que yo colapsé, "me morí", creí que me iba a volver loca, no podía, no me alcanzaba el tiempo no sabía qué hacer. Yo tenía a un amigo al que le dije no aguanto más esta pena, este dolor.

Otro amigo nos visitaba a Emiliano y a mí en la clínica, durábamos horas hablando, y una vez me dijo: «Esperanza usted no puede, delegue funciones, todo lo de mensajería y tramitología». Yo duré 3 meses haciendo eso pero ya no pude y conseguí un primo que también estaba bien fregado de plata y me empezó ayudar, como 4 o 5 veces al mes porque es muy dispendioso y se lleva todo el día.

Entonces cedí para salud mía pero asumiendo costos, porque yo duré llorando cuatro meses, el dolor era tan grande que se me desprendió la retina de ambos ojos y tengo que ir siempre con gafas oscuras, el estrés, el colon irritable lo tengo desbaratado, destrozado y lo único que no entiendo es cómo no me he vuelto hipertensa, entonces eso implica invertir más plata porque se va enfermando toda la familia.

De frente lo dicen, para un paciente en esas condiciones ha sobrepasado el promedio de vida esperado. La gente se muere al año, a los dos años porque literalmente no puede otro ser humano estar cuidando todo el tiempo a un paciente de esta naturaleza"

El nuevo pacto constitucional en Colombia dispuso de un marco jurídico ajustado a lograr la eficiencia y posibilidad para la introducción de las tendencias (pos)neoliberales. La provisión de servicios de salud dejó de ser una función pública a cargo del Estado, para pasar a ser un servicio público prestado por entidades privadas. El pacto mercado-Estado burgués asegura nuevas formas de acumulación, ahora expandiéndose a través de la reformulación de un mercado de la salud.

El orden (pos)neoliberal implica redefiniciones normativas que cumplan con los parámetros lucro-eficientes del mercado, ante la necesidad de asegurar márgenes de mayor rentabilidad. El mercado de la salud necesita imponer restricciones de gastos, para lo cual las definiciones jurídicas deben establecer los mínimos de garantía ciudadana y conseguir, por un lado, su cumplimiento, pero por el otro, su aceptación, traslapando la violencia con la que opera el «derecho útil al capital».

Sin embargo, la constatación de un «derecho útil al capital» en el sistema de salud no implica una constatación fatalista sobre su desarrollo histórico, y que todo recurso legal tenga una utilidad única y exclusivamente al capital. La defensa legal y jurídica del derecho a la salud, bajo la configuración actual del modelo, han permitido a quiénes demandan, con altas tasas de éxito, acceder efectivamente a los servicios.

Sin embargo, consideramos que no podemos reducir la compleja batalla legal a un ejercicio de libertad ciudadana para la exigibilidad del derecho fundamental a la

salud. Por el contrario, vemos que la vía del litigio conlleva una forma sofisticada de opresión de clase, en tanto que las reivindicaciones por la justicia en salud debe reducirse a los estrechos márgenes «normalizados» por el «derecho útil al capital», ya que toda demanda que supere dichos márgenes será considerada como «anormal» y será justificada la negación del derecho a la salud.

Las vidas de las personas progresivamente se van deteriorando y estas incorporan en sus cuerpos cada límite impuesto por el sistema, haciéndoles cada vez más enfermos y aproximándoles a la muerte. Las acciones jurídicas se convierten en intermediarios en su lucha a la par que sus recursos económicos, vía pagos directos o por tributos, terminan engrosando aún más las cuentas bancarias de los agentes privados del sistema de salud.

El sustento en una lógica individual de los mecanismos jurídicos genera un círculo vicioso en el que la limitación normativa vulnera los derechos constitucionales. Sin embargo, es través de estos mismo mecanismos jurídicos que los ciudadanos reivindican la vulnerabilidad de su derecho fundamental a la salud. Así, los ciudadanos “libres” encuentran en la *fetichización* de las formas jurídicas los mecanismos para sentirse partícipes y agentes de su propia destrucción.

La superación de la lucro-destrucción que impone el «derecho útil al capital» demandan la utilización estratégica de las formas legales con el fin de imponer barreras a la acumulación, para ir construyendo un camino de un «derecho no útil al capital», aunque el litigio estratégico no siempre logrará ese objetivo, ya que el capital siempre buscará superar dicho límite. Para ello se hace necesario oponerse al «derecho útil al capital» no sólo desde su mismo terreno, el jurídico, sino ampliarlo a otros ámbitos de reivindicación política y social, en donde la lucha será contra el derecho y sin el derecho, para la construcción de relaciones sociales anti-capitalistas.

Bibliografía

- Abadía, C. E., & Oviedo, D. G. (2009). Bureaucratic Itineraries in Colombia. A theoretical and methodological tool to assess managed-care health care systems. *Soc Sci Med*, 68(6), 1153-1160.
- Abadía-Barrero, C., Navarrete, H. G., Pinilla Alfonso, M. Y., & Martínez Parra, A. G. (2006). En Alto Riesgo: La Crisis de la Salud Pública en el Instituto Materno Infantil de Bogotá. *Antípoda, Julio-Diciembre*(3), 199-226.
- Abramovich, V., & Curtis, C. (2008). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. *Salud Colectiva*, 4(3), 261-282.
- Agudelo, A. C. A. (2010). Diálogos internos en la Corte Constitucional colombiana sobre el *modus operandi* en la selección de tutelas entre la informalidad, la política y la academia. *Revista Jurídicas Manizales*, 7(2), 53-78.
- Aguirre, R. C. A. (2007). Immanuel Wallerstein y la perspectiva crítica del "análisis de los sistemas-mundo" *La crisis estructural del capitalismo*: Ediciones desde abajo.
- Ahumada, C. (1996). *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Alape, A. (1985). *El bogotazo: la paz la violencia. Testigos de excepción*. Bogotá: Planeta.
- Alape, A. (2000). *Manuel Marulanda Tirofijo: Colombia, 40 años de lucha guerrillera*. Madrid: Txalaparta.
- Álvarez, E. D. (2010). Apuntes sobre la experiencia internacional de privatización de servicios sanitarios. In C. Madrid (Ed.), *¿Por nuestra salud? La privatización de los servicios sanitarios*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Alzate, M. D.; Oviedo, M. D. G.; Velosa, P. L.; Abadía, C. E. (2013) Derecho lucro - destructivo: vivencias de la ideología posneoliberal en salud. En *Salud, normalización y capitalismo en Colombia*. Bogotá D.C., Universidad Nacional de Colombia; Universidad del Rosario; Ediciones Desde Abajo.
- Amaya, R. (2013). Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la séptima papeleta o *todavía podemos salvar a Colombia*. *Revista de Derecho Público, Enero-Junio*(30).
- Amin, S., Arrighi, G., Frank, G. A., & Wallerstein, I. (1990). *Transforming the Revolution. Social Movements and the World-System*. New York: Monthly Review Press.
- Amnistía Internacional. (2007). Peligro en el trabajo. Ataques contra sindicalistas en Colombia: Amnistía Internacional.
- Arango, R. (2008). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional. In J. Alexei (Ed.), *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aragón, A. O. (2009). Las funciones del mito en el derecho moderno. Norma básica, dominación, progreso y ciencia en las nociones jurídicas. *Nueva época*, 9, 285-307.
- Aramanda, F., Muntaner, C., & Navarro, V. (2001). Health and social security reforms in Latin America: the convergence of the World Health

- Organization, the World Bank, and transnational corporatios. *International Journal of Health Services*, 31(4), 729-768.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Vol. 33). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Araujo, K. (2009). *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Arbeláez, R. M. (2006). La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Derecho y Salud*, 14(2), 205-240.
- Arias, J. (2013). *Las EPS como aseguradoras*. Cartagena de Indias, Colombia. Paper presented at the XXII Convención Internacional de Seguros FASECOLDA. El papel de los seguros en las reformas estructurales retrieved from <http://www.youtube.com/watch?v=FafbgQDFPw4>
- Arroyave, Z. I. D. (2005). El desbalance de las EPS públicas: muerte pronosticada. *El Pulso*.
- Así vamos en salud. (2012). Proyecto de Ley No. 135 de 2012. Con un proyecto de ley, el gobierno busca darle liquidez al sector: Seguimiento al sector salud en Colombia. Así vamos en salud.
- Atienza, M. (1997 (2001)). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Banco Mundial (Ed.). (1993). *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1993. Invertir en salud. Resumen*. Washington, D.C.: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial.
- Beltrán, L. U. (2012). La CGR y el control fiscal del sector salud. *Economía Colombiana. Contraloría General de la República. Sistema Nacional de Salud: inmensamente rico en su miseria*, 336, 14-26.
- Benjamin, W. (2006). Para una crítica de la violencia *Ensayos escogidos*. México: Ediciones Coyoacán.
- Bernal, P. C. (2005). *El principios de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal-Acevedo, O., & Forero-Camacho, J. C. (2011). Sistema de información en el sector salud en Colombia. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 10(21), 85-100.
- Birdsall, N., & Ferranti, D. d. (1987). El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana (OSP)*, 103(6), 695-709.
- Bonfeld, W. (2012). La permanencia de la acumulación primitiva: fetichismo de la mercancía y constitución social. *Theomai*, 26(Segundo semestre).
- Borón, A. (2000). Filosofía política y crítica de la sociedad burguesa: el legado teórico de Karl Marx. In A. c. Borón (Ed.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: CLACSO.
- Borón, A. (2002). Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia: una reflexión acerca de las teorías de John Rawls. In A. Borón & A. d. Vita (Eds.), *Teoría y filosofía política: la recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano* (pp. 139-162). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO.

- Borón, A. (2004). *Imperio & Imperialismo: una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri*: Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe de la red CLACSO.
- Bourdieu, P. (2000 [1987]). Elementos materiales para una sociología del campo jurídico *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Ediciones Uniandes; Instituto Pensar.
- Boyd, C. M. J. (2012). *Examining (International) Law: Toward a Systematic, Coherent and Radical Theory*. (Master of Laws (LL.M)), University of Glasgow, Glasgow.
- C-255 (Corte Constitucional. M.P. Jorge Arango Mejía 1995).
- Calderón, C. (2003). Revocatoria del congreso en 1991: la transición se salvó con un congresito de 36 miembros. *Revista Credencial de Historia, Junio*(162).
- Calvo, G. M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- Calvo, G. M. (2002). Positivism jurídico y transformaciones del derecho. 201-222. <http://www.unizar.es/deproyecto/programas/docufilosofia/Calvo.pdf>
- Calvo, G. M. (2005a). *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calvo, G. M. (2005b). *Transformaciones del Estado y el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calvo, O. H. (2008). *Colombia, laboratorio de embrujos. Democracia y terrorismo de Estado*. . Madrid: Foca ediciones.
- Capella, J. R. (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Cuaderno Marrón*. Madrid: Trotta.
- Caracol Radio. (2010a). Acusan a Minhacienda de favorecer a familiares con medidas de la Emergencia Social. *Caracol*.
- Caracol Radio. (2010b). Doce contratos firmó la asesora de la Emergencia Social, Teresa Tono, con el Estado. *Caracol Radio*. Retrieved from <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/doce-contratos-firmo-la-asesora-de-la-emergencia-social-teresa-tono-con-el-estado/20100218/nota/955699.aspx>
- Caracol Radio. (2010c). EPS piden plan de salvamento ante inminente caída de Emergencia Social. *Caracol Radio*. Retrieved from <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/eps-piden-plan-de-salvamento-ante-inminente-caida-de-emergencia-social/20100325/nota/976695.aspx>
- Caracol Radio. (2013). Reforma a la salud sería el mejor regalo de navidad para Colombia: Santos. *Caracol radio*.
- Cárcova, C. M. (1998). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- Castaño, Y. R. A. (2004). Integración vertical entre empresas promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 3(6), 35-51.
- Cepeda, E. M. J. (2007a). Constitución y sociedad: la construcción de una constitución viviente *Polémicas Constitucionales*. Bogotá D.C.: Legis.

- Cepeda, E. M. J. (2007b). La Constitución y sus orígenes: de la política constitucional al derecho constitucional *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Cepeda, E. M. J. (2007c). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Cepeda, M. J. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución.
- CIJUS. (2002). Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: Ediciones Uniandes.
- Claux, C. I. (2011). *La búsqueda. Del convento a la revolución armada: testimonio de Leonor Esguerra* Buenos Aires: Aguilar
- Clavijo, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional: el caso de Colombia 1991-2000*. Bogotá: Alfaomega.
- Colombia, S. (1999). Resumen de noticias de 1998: se frenó la afiliación a EPS pero mejoraron sus cifras. *Revista Salud Colombia*. Retrieved from <http://www.saludcolombia.com/actual/salud32/noticia32.htm>
- Comaroff, J. L., & Comaroff, J. (2006). Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction. In J. Comaroff & J. L. Comaroff (Eds.), *Law and Disorder in the Postcolony* (pp. 1-56). Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Congreso de la República. (1993). Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Diario Oficial #41.148.
- Constituyente, A. N. (1991). Gaceta Constitucional 51. Bogotá D.E.
- Contraloría Delegada para el sector social. (2012). Desviación de recursos parafiscales: análisis desde precios de medicamentos y recobros. *Economía Colombiana. Contraloría General de la República. Sistema Nacional de Salud: inmensamente rico en su miseria*, 336, 53-57.
- Coronell, D. (2010). ¿Dónde está la bolita? *Revista Semana*.
- Coronell, D. (2011a). Hoyo en uno. *Revista Semana*. Retrieved from <http://www.semana.com/opinion/articulo/hoyo/239773-3>
- Coronell, D. (2011b). Impecable lavandería. *Revista Semana*. Retrieved from <http://www.semana.com/opinion/articulo/impecable-lavanderia/240830-3>
- Coronell, D. (2011c). Padres e hijos. *Revista Semana*. Retrieved from <http://www.semana.com/opinion/articulo/padres-hijos/239420-3>
- Coronell, D. (2011d). Salud, dinero y... *Revista Semana*. Retrieved from <http://www.semana.com/opinion/articulo/salud-dinero-/239062-3>
- Coronell, D. (2011e). Sin remedio. *Revista Semana*. Retrieved from <http://www.semana.com/opinion/articulo/sin-remedio/237790-3>
- Cortés, G. J. C. (2007). *Reforma al sistema de salud. Comentarios a la Ley 1122 de 2007* Colombia: Legis Editores.
- Dávalos, P. (2011). *La democracia disciplinaria. El proyecto posneoliberal para América Latina*. Bogotá: Educaciones desde Abajo.
- Dávila, L. d. G. A. (2002). *Democracia pactada. El frente nacional y el proceso constituyente del 91*. Bogotá: Uniandes.
- De Angelis, M. (2012). Marx y la acumulación primitiva. El carácter continuo de los "cercamientos" capitalistas. *Theomai*, 26(Segundo semestre).

- De Currea, L. V. (2003). *El derecho a la salud en Colombia: Diez años de frustraciones*. Bogotá: ILSA.
- de la Torre, R. J. A. (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho*.
- De Sousa Santos, B., & Rodríguez, C. A. G. (2007). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. In B. De Sousa Santos & C. A. G. Rodríguez (Eds.), *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. México; UAM - Cuajimalpa: Anthropos.
- Defensoría del Pueblo. (2004). *La tutela y el derecho a la salud 1999-2004*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2007b). *La tutela y el derecho a la salud período 2003–2005*. Bogotá.: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2009). *La tutela y el derecho a la salud. Periodo 2006-2008*. Bogotá.
- Defensoría del Pueblo. (2011). *La tutela y el derecho a la salud 2010*. Bogotá.
- Defensoría del Pueblo. (2012). *La tutela y el derecho a la salud 2011*.
- Defensoría del Pueblo. (2013). *La tutela y el derecho a la salud 2012*.
- Departamento de Ciencia Política, F. d. C. S., Universidad de los Andes (Ed.). (2011). *Constitución de 1991, 20 años logros y pendientes*. Bogotá: Universidad de los Andes; El Tiempo. .
- Deslinde. Entrevista a Jorge Enrique Robledo: "Seguiré estimulando la organización, la unidad y la resistencia civil de los colombianos": Deslinde.
- Díaz, L. J. A. (2009). Estado social de derecho y neoliberalismo en Colombia: estudio del cambio social a finales del siglo XX. *Antropología social*, 11(Enero-Diciembre), 205-228.
- Dinero.com. (2011). En el Congreso cocinan `plan de salvamento a las EPS´. *Revista Dinero*. Retrieved from <http://m.dinero.com/actualidad/articulo/en-congreso-cocinan-plan-salvamento-eps/135808>
- Dinero.com. (2013a). La apertura económica. *Revista Dinero*.
- Dinero.com. (2013b). La ley 100. *Dinero.com*.
- Dinero.com. (2013c). La privatización de los puertos. *Revista Dinero*.
- Donzelot, J. (2007). *La invención de lo social: ensayo sobre el ocaso de las pasiones políticas*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Dubet, F. (2012). *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Dugas, J. (1990). La Asamblea Nacional Constituyente, expresión de una voluntad general. In R. Sánchez (Ed.), *Los nuevos retos electorales. Colombia 1990: antesala del cambio*. Bogotá: Cerec; Uniandes; Ed. Presencia.
- Echeverri, O. (2008). Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo: el caso de Colombia. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 24(3), 2010-2016.
- El Pulso. (2014). Fuera del control deudores de hospitales y clínicas, cartera en \$4.9 billones. *Periódico El Pulso*. Retrieved from <http://www.periodicoelpulso.com/html/1403mar/observa/monitoreo.htm>
- El Tiempo. (2010). ¿En qué gastó Minprotección 66,8 millones de dólares del programa de reforma a la salud? *El Tiempo*.

- El Tiempo. (2013). Procuraduría pide condenar a Pretelt y Palacio por 'Yidispolítica'. *El Tiempo*. Retrieved from http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13004795.html
- Elespectador.com. (2010). "Soy una madre": Salomón Kalmanovitz. *El Espectador*.
- Elespectador.com. (2013). Corte llamó a juicio a la senadora Piedad Zuccardi por 'parapolítica'. *El Espectador*.
- Ely, Y. A., & Gloppen, S. (2013). *La lucha por los derechos de la salud: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Engels, F. (1978 [1845]). La situación de la clase obrera en Inglaterra. In L. M. Sacristán (Ed.), *La Sagrada Familia. La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Barcelona: Crítica.
- Escobar, A. (2005). *Mas allá del Tercer Mundo. Globalización y Diferencia*. Bogotá: ICANH.
- Estrada, Á. J. (2004). *Construcción del modelo neoliberal en Colombia. 1970-2004*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Estrada, Á. J. (2005). Elementos preliminares para una caracterización de la elite intelectual de las reformas estructurales en Colombia. *Ensayos críticos, Septiembre*(1).
- Estrada, Á. J. (2010a). *Derechos del capital: dispositivos de protección e incentivos a la acumulación en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigación Jurídico-Sociales Gerardo Molido (UNIJUS).
- Estrada, Á. J. (2010b). Transformaciones del capitalismo en Colombia dinámicas de acumulación y nueva espacialidad. *Revista Taller*, 25(Noviembre), 7-29.
- Estrada, J. (Ed.). (2008). *Capitalismo Criminal. Ensayos Críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Fernández, B. J. (2005). *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Estado I*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Fernández, G. (2010). El adefesio conceptual que ha promovido ACEMI - Gremio de las EPS. Bogotá: Federación Médica Colombiana.
- Fioravanti, M. (1999). *Constitución -de la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Fitzpatrick, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*: Siglo veintiuno editores.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.
- Fraser, N., & Honneth, A. (2006). *¿Redistribución o reconcimientto? Un debate político-filosófico*. Coruña, Madrid: Fundación Paideia Galiza, Ediciones Morata S. L.
- Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre: la interpretación más audaz y brillante de la historia presente y futura de la humanidad*. Santafé de Bogotá: Planeta Colombiana Editorial.
- Gallón, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. Bogotá: América Latina.

- Gañan, R. J. L. (2010). *Los muertos de la ley 100: prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficiencia. Caso del plan obligatorio de salud régimen contributivo (POSC)*. (Disertación Doctoral), Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.
- García, J. L. (2012). El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLV(133).
- García, R. J. C. (2013). *Derechos humanos y participación ciudadana en Karl Marx*. México: Art Ketipo
- García Villegas, M. (2001). Constitucionalismo Perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957–1997. In S. B. De Sousa & M. García Villegas (Eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias- Instituto Colombiano de Antropología e Historia- Universidad de Coimbra CES- Universidad Nacional de Colombia- Siglo del Hombre Editores.
- García Villegas, M. (2013). Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria*, 15(129), 77-97.
- Gargarella, R. (2011). Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights. In A. Yamin & S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard Human Rights Series, Harvard University Press.
- Gaviria, D. C. (2007). Del monopolio público al monopolio privado. *Momento Médico*, 87(Enero-febrero).
- Gaviria, T. C. (1991). La Revolución Pacífica. Plan de desarrollo económico y social 1990-1994. Bogotá: Presidencia de la República / Departamento Nacional de Planeación.
- Gianella, M. C., Parra, V. O., Ely, Y. A., & Torres, T. M. (2010). ¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 *La sentencia T-760: alcances y limitaciones* (Vol. 11). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Doctorado Interfacultades en Salud Pública.
- Giraldo, C. (2008). Del ciudadano al cliente. *Revista Nova et vera*, 60(I Semestre).
- Giraldo, C. (2013). Política social contemporánea. In C. Giraldo (Ed.), *Política social contemporánea en América Latina. Entre el asistencialismo y el mercado*. Bogotá D.C.: Fundación escuela para el desarrollo; Ediciones Desde Abajo; Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas. Grupo de socioeconomía, instituciones y desarrollo.
- Giraldo, G. C. A. (2007). *¿Protección o desprotección social?* Bogotá: Desde abajo.
- Giraldo, M. J. (1994). Trece años en búsqueda de la paz. from <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article16>
- González, J. I. (2003). Juan Luis Londoño: ideas para la acción. *Revista de Economía Institucional*, 5(8), 223-239.
- González, P. C. (1989). ¿El plebiscito para qué? *Cien días vistos por Cinep*, Septiembre(7).
- Gramsci, A. (1975). *Cuadernos de la cárcel*. México: Juan Pablos Editor.

- Gramsci, A. (2009). *La política y el Estado Moderno*. Madrid: Diario Público.
- Grüner, E. (2005 [2002]). *El fin de las pequeñas historias. De los estudios culturales al retorno (imposible) de lo trágico*. Buenos Aires: Paidós.
- Gutiérrez, G. I. (2001/2002). Globalización, Estado y Derecho constitucional. *A Distancia*, 19(2), 17-21.
- Gutiérrez, S. F. (2009). IV. Colombia: reestructuración de la violencia. In S. F. Gutiérrez & S. D. R. Peñaranda (Eds.), *Mercados y armas. Conflictos armados y paz en el período neoliberal. América Latina, una evaluación*. Medellín: La Carreta Editores
- Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia
- Guzmán, P. H. (2012). En actualización del POS "El Ministerio y la CRES perdieron transparencia": Ifarma. *El Pulso*.
- Han, Y. C. (2007). *Life in Debt: Depression and Survival in Chile's Market Democracy*. (PhD), Harvard University.
- Harnecker, M. (1988). *Unidad que multiplica. Entrevista a dirigentes máximos del ELN*. Quito: Quimera Ediciones.
- Harvey, D. (2004a). El "nuevo" imperialismo: sobre reajustes espacio-temporales y acumulación mediante desposesión. *REvista Viento Sur*, 447.
- Harvey, D. (2004b). *El nuevo imperialismo*. Madrid: Akal.
- Harvey, D. (2007a). *Breve Historia del Neoliberalismo*. Madrid: Akal.
- Harvey, D. (2007b). *Espacios del capital. Hacia una geografía crítica*. Madrid: Akal.
- Harvey, D. (2007c). La teoría marxiana del Estado *Espacios del capital. Hacia una geografía crítica*. Madrid: Ediciones Akal.
- Harvey, D. (2008). *La condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural*. Buenos Aires: Amorrortu Editores
- Harvey, D. (2010). *A Companion to Marx's Capital*. London, New York: Verso.
- Harvey, D. (2012). *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*. Madrid: Akal.
- Harvey, D. (2014). *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*. New York: Oxford University Press.
- Head, M. (2008). *Evgeny Pashukanis: A Critical Reappraisal*. Oxford: Routledge-Cavendish.
- Hernández, Á. M. (2000). El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización. *Revista Salud Pública*, 2(2), 121-144.
- Hernández, Á. M. (2001). El enfoque sociopolítico para el análisis de las reformas sanitarias en América Latina. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 19(1), 75-70.
- Hernández, Á. M. (2010). ¿Derecho a qué? El debate sobre la sentencia T-760 *La sentencia T-760: alcances y limitaciones* (Vol. 11). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Doctorado Interfacultades en Salud Pública.
- Hernández, V. J. (2012). *El casino que gobierna el mundo. Mañas y trampas del capitalismo financiero*. Buenos Aires: Ediciones Le Monde diplomatique «el Dipló». Capital Intelectual.
- Hobsbawm, E. (2011a). *La era de la revolución 1789-1848*. Barcelona: Crítica.
- Hobsbawm, E. (2011b). *La era del imperio: 1875-1914*. Buenos Aires: Crítica.

- Hobsbawm, E. (2011c). Marx, Engels y la política *Cómo cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*. Barcelona: Crítica.
<http://www.agoracorp.com>.
- Holston, James. (2008). *Insurgent Citizenship*. Princeton, University Press.
- Hunt, A. (1993). *Explorations in Law and Society. Toward a Constitutive Theory of Law*. New York: Routledge.
- Iriart, C. (2008). Capital financiero versus complejo médico-industrial: los desafíos de las agencias regulatorias. *Ciência & Saúde Coletiva*, 13(5), 1619-1626.
- Iturralde, M. (2003). Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. *Revista de Estudios Sociales*, junio(15), 29-46.
- Jansen, K. (2013). En el mundo hay 30 millones de esclavos. *Deutsche Welle*. Retrieved from <http://dw.de/p/1A2f1>
- Jaramillo, I. (1999). *El Futuro de la Salud en Colombia. Ley 100 de 1993 Cinco años después* (4a ed.). Bogotá: Fescol, FES, FRB, Fundación Corona.
- Jaramillo, S. I. C., & Barreto, R. A. (2010). El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias. *Colombia Internacional*, 72(Julio-Diciembre), 53-86.
- Jasso-Aguilar, R., Waitzkin, H., & Landwehr, A. (2004). Multinational Corporations and Health Care in the United States and Latin America: Strategies, Actions, and Effects. *Journal Healths Social Behaviour*, 45(Suppl), 136-157.
- Jiménez, A. C. (2008). *Democracia y neoliberalismo. Divergencias y convergencias en la construcción de la Carta Política de 1991*. Medellín: La carreta Editores; IEPRI, Universidad Nacional de Colombia.
- Kalmanovitz, S. (2002). Constitución y modelo económico. In J. A. Suárez (Ed.), *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; ILSA; Unibiblos.
- Kamio, K. K. (1995-1996). Warriors Betrayed: Japanese *Karoshi*. *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, 545(6), 546-581.
- Klein, N. (2007). *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Paidós.
- Klug, H. (2000). *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Koen, R. (2011). In Defence of Pashukanism. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 14(4), 104-351.
- Koen, R. (2013). All Road Lead to Property: Pashukanis, Christie and the Theory of Restorative Justice. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 16(3), 188-392.
- Kohan, N. (2002). *Toni Negri y los desafíos de Imperio*. Madrid: Campo de Ideas.
- Kohan, N. (2013). *Fetichismo y poder en el pensamiento de Karl Marx*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- La opinión. (2011). Los declararon muertos, pero no les dejan de cobrar. *La opinión*. Retrieved from http://www.laopinion.com.co/demo/index.php?option=com_content&task=view&id=381291&Itemid=27

- . La tutela y el derecho a la salud. Periodo 2006-2008. (2009). Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Lamprea, M. E. (2011). *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud: encrucijadas y salidas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lamprea, M. E. (2014). Colombia's Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform. In M. C. Flood & A. Gross (Eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide. A Global Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lara, P. (1982). *Siembra vientos y recogerás tempestades*. Bogotá: Planeta.
- Lartigue, L. (2011). *La Revolución Mexicana*. México: Ocean Sur.
- Las Altas Cortes y la salud en Colombia. (2012). *Economía Colombiana. Contraloría General de la República. Sistema Nacional de Salud: inmensamente rico en su miseria*, 336, 27-32.
- Lassalle, F. (2005). *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Temis.
- Laurell, A. C. (1995). La salud: de derecho social a mercancía. In A. Laurell (Ed.), *Nuevas tendencias y alternativas al sector salud*. México D.F.: Representación Friedrich Ebert Stiftung en México. Universidad Metropolitana Xochimilco.
- Lemaitre, R. J. (2005). El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia: SELA 2005 Panel 2: Las estrategias institucionales para erradicar la pobreza.
- Lemaitre, R. J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Lemaitre, R. J., & Young, K. G. (2013). The Comparative Fortunes of the Right to Health in South Africa and Colombia. *Harvard Human Rights Journal*, 26(1), 179-216.
- León, J. (2010). Los impuestos de la emergencia social: una conquista de los gobernadores. *La Silla Vacía*.
- León, J. (2012a). Dilian Francisca Toro: veinte años de acusaciones que terminan en su captura. *La Silla Vacía*. Retrieved from <http://lasillavacia.com/historia/dilian-francisca-toro-veinte-anos-de-acusaciones-que-terminan-en-su-captura-34900>
- León, J. (2012b). Manuel José Cepeda: el supermán jurídico. *La Silla Vacía*. Retrieved from <http://lasillavacia.com/historia/manuel-jose-cepeda-el-superman-juridico-39482>
- Lewin, J. E. (2013). El "kinder" de Gaviria se reedita con Santos. *La Silla Vacía*. Retrieved from <http://lasillavacia.com/historia/el-kinder-de-gaviria-se-reedita-con-santos-41915>
- Lister, J. (2010). Preguntas equivocadas, respuestas equivocadas: la agenda mundial de la reforma neoliberal. In C. Madrid (Ed.), *¿Por nuestra salud? La privatización de los servicios sanitarios*. Madrid: Traficante de sueños.
- Londoño, J. L. (2002). ¿Qué sigue después de la Ley 100? In S. Franco Agudelo (Ed.), *La Salud Pública Hoy: Enfoques y Dilemas Contemporáneos en Salud Pública* (pp. 435-446). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Londoño, J. L., & Frenk, J. (1997). Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina: Banco Interamericano de Desarrollo.

- López, C. N. (2005). *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- López, M. D. E. (2003). El constitucionalismo social: genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales a partir de la Constitución colombiana de 1991. In B. C. M. Molina (Ed.), *Corte Constitucional. 10 años balances y perspectivas*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- López, M. D. E. (2008a). "Sistema de salud" y "derecho a la salud": Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional. Bogotá: Informe preparado para ACEMI.
- López, M. D. E. (2008b). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis Editores ed.). Bogotá: Legis; Ediciones Universidad de los Andes; Universidad Nacional de Colombia.
- López, V. M. (1990). *Camilo camina en Colombia*. Navarra: Txalaparta.
- Marín, C. A. (2012). El favor de Palacio a Roche. *El Espectador*. Retrieved from <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/articulo-336662-el-favor-de-palacio-roche>
- Marx, C. (1974 [1867]). *El capital. Crítica de la economía política*. México: Fondo de cultura económica.
- Marx, K. (1974 [1847-1848]). Manifiesto del partido comunista *Marx Engels. Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso.
- Marx, K. (1974 [1859]). Prologo de la contribución a la crítica de la economía política *Marx Engels. Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso.
- Marx, K. (1974 [1867]). *El capital. Crítica de la economía política*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Marx, K. (2007 [1842]). Los debates sobre la Ley acerca del Robo de Leña *Los debates de la Dieta Renana*. Barcelona: Gedisa
- Marx, K. (2011 [1867]). *El capital. Crítica de la economía política*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Marx, K. (2012 [1844]). *Páginas malditas. Sobre La cuestión judía y otros textos*. Buenos Aires: Libros de Anarres.
- McNally, D. (2012). *Monsters of the Market. Zombies, Vampires and Global Capitalism*. Chicago: Haymarket Books.
- Medina, G. C., Toloza, F., Beltrán, A., Romero, P., & Caicedo, M. (2009). *FARC-EP. Temas y problemas nacionales 1958-2008*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación de Seguridad y Defensa Actores Armados.
- Mejía, Q. O. (2002). La constitucionalización de la mentira. Dominación y exclusión en la Constitución del 91. *Espaciocrítico*.
- Mercado, P. (1994). *El análisis económico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Miéville, C. (2006). *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*. Chicago: Hymarket Books
- Miliband, R. (1978). *El Estado en la sociedad capitalista*. México: Siglo XXI.
- Ministerio de Salud. *Programa Universidad de Harvard*.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (27 de diciembre de 2013). Gobierno fija UPC para el 2014: Boletín de Pensa No. 458.

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2013). El salvamento financiero del sistema de salud se debe hacer en un contexto de reforma : Minsalud. *Boletín de Prensa No. 389*. Retrieved from <http://www.minsalud.gov.co/Paginas/salvamento-financiero.aspx>
- Moestad, O., Rakner, L., & Motta, L. F. O. (2011). Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. In A. Yamin & S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard Human Rights Series, Harvard University Press.
- Molano, B. A. (2012). Guadalupe Salcedo Unda, general del Llano. *El Espectador*.
- Molina, M. G., & Cáceres, M. F. d. M. (2011). Aspectos de rectoría, dirección, organización y gestión del Sistema General de Seguridad Social en Salud. In M. G. Molina, E. I. F. Muñoz & G. A. Ramírez (Eds.), *Dilemas en las decisiones en la atención frente a la rentabilidad en Colombia. Ética, derechos y deberes constitucionales frente a la rentabilidad financiera en el sistema de salud*. . Medellín: La carreta editores E.U.; Universidad de Antioquia.
- Moncayo, C. V. M. (1990). La crítica del discurso constitucional una urgencia política *Asamblea Constitucional. ¿dilema jurídico o político?* Bogotá: ILSA.
- Moncayo, C. V. M. (2002). La Constitución de 1991 y el Estado de la nueva era del capitalismo *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- Moncayo, C. V. M. (2004). *El Leviatán Derrotado*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Monereo Pérez, J. L. (2009). *La defensa del estado social de derecho: la teoría política de Hermann Heller*. Barcelona: El Viejo Topo.
- Montaña, P. A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Montero, D. (2010). Dilian Francisca Toro, la baronesa de la salud. *La Silla Vacía*. Retrieved from <http://lasillavacia.com/historia/18284>
- Mooney, G. (2012). *The Health of Nations: Towards a New Political Economy*
- Moreira, V., & Sloan, T. (2002). *Personalidade, ideologia e psicopatologia crítica*. Sao Paulo: Escuta.
- Morelli, R. S. (2012). Editorial Salud y parafiscalidad *Economía Colombiana. Contraloría General de la República. Sistema Nacional de Salud: inmensamente rico en su miseria*, 336.
- Muñoz, M. S. (1998). *Servicio público y mercado*. Madrid: Civitas.
- Negri, A., & Hardt, M. (2000). *Imperio*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press.
- Neocleous, M. (2013). Economía política de los muertos: la metáfora congñitica de los vampiros en Marx. *Sinpermiso*.
- Nishiyama, K., & Johnson, J. V. (1997). Karoshi-death from overwork: occupational health consequences of Japanese production management. *Int J Health Serv.*, 27(4), 625-641.
- Organización Panamericana de la Salud. (2003). La Organización Panamericana de la Salud y el Estado colombiano: 100 años de historia 1902-2002. Bogotá: OPS.

- Osorio, L. J. A. (2003). *Gaitán. Vida, muerte y permanente presencia*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Ossa, S. J. (1005). El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica. In M. D. Bonilla & M. Iturralde (Eds.), *Hacia un nuevo Derecho Constitucional* (pp. 385-421). Bogotá D.C.: Uniandes.
- Parra, V. O., & Ely, Y. A. (2011). Justicia y salud en Colombia: retos y oportunidades creadas mediante la intervención de los jueces (C. M. d. S. Ravina, Trans.) *Litigating health rights: Can Courts Bring More Equity to Health*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pasukanis, B. E. (1976a). *Teoría general del derecho y el marxismo*. Medellín: Editorial La Pulga.
- Pasukanis, B. E. (1976b). *Teoría general del derecho y marxismo*. Barcelona: Labor Universitaria.
- Pasukanis, E. (1976). *Teoría general del derecho y del marxismo*. México D.F.: Grijalbo.
- Peláez, J. A. (2002). Las EPS y las entidades de medicina prepagada continúan súper aliviadas. *El Pulso*.
- Pérez, B. J. M. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez, M. L. E., Uprimny Yepes, R., & Rodríguez, G. C. (2007). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia; Instituto para la Investigación Educativo y el Desarrollo Pedagógico, IDEP.
- Pérez, S. C. (2013). *Violencia del Derecho y Derecho a la Violencia*. Chile: Colección Proposiciones.
- Perry, G. (1995). La autonomía del Banco de la República. *Debates de coyuntura económica, Septiembre*(36).
- Perry, G. (2011). Economía y Constitución. In F. d. C. S. Departamento de Ciencia Política, Universidad de los Andes (Ed.), *Constitución de 1991, 20 años logros y pendientes*. Bogotá: Universidad de los Andes; El Tiempo. .
- Pinzón, S. A. (2014). La güevonada. *Rebelión.org*. Retrieved from <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=181277>
- Pisarello, G. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década. *Sin permiso*, 6.
- Portafolio.co. (2011). Acemi nombró nuevo presidente Ejecutivo. *Portafolio.co*. Retrieved from <http://www.portafolio.co/negocios/acemi-nombro-nuevo-presidente-ejecutivo>
- Portafolio.co. (2013). Salud paga a EPS por la afiliación de 89.000 muertos. *Portafolio.co*. Retrieved from <http://www.portafolio.co/economia/salud-paga-eps-la-afiliacion-89000-muertos>
- Porter, D. (1999). *Health, Civilization and the State*. London and New York: Routledge.
- Ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 200 de 2012 Cámara por le cual se adiciona un inciso al artículo 11 de la Constitución Política que eleva a Derecho Fundamental la Salud de todos los colombianos (2012).

- Procuraduría General de la Nación, ACCD, & DeJusticia. (2008). El Derecho a la Salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud (pp. 219). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Quinche Ramírez, M. F., & Rivera, R. J. C. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumentos de inclusión de los derechos humanos. *Universitas*, 121(julio-diciembre), 113-138.
- Quintero, M. D. P. (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Icesi, Red Alas.
- Rama, A. (1984). *La ciudad letrada*. Montevideo: ARCA.
- Ramírez, J. C. (1993). Los actores sociales en la reforma de la seguridad social en salud: documento de trabajo. Colombia: FESCOL.
- Relman, S. A. (1980). The New Medical-Industrial Complex. *The New England Journal of Medicine*, 303(17), 963-970.
- Restrepo, B. D. (2012). "Operación acordeón" y Fondo de Garantías del Sector Salud *El Pulso*.
- Restrepo, J. H., Lopera, J. F., & Rodríguez, S. M. (2007). La integración vertical en el sistema de salud colombiano. *Revista de Economía Institucional*, 9(17), 279-308.
- Restrepo, M. M. A., Escobar, M. L. M., Rincón, S. J. G., & López, C. C. M. (2012). *Globalización del derecho administrativo, estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Revista Semana. (1993). Un ministro sorpresa. *Revista Semana*. Retrieved from <http://www.semana.com/gente/articulo/un-ministro-sorpresa/20256-3>
- Revista Semana. (2010). ¿Quién es Teresa Tono y qué pasó con los 63 millones de dólares del PARS? *Revista Semana*.
- Rivera, Lugo Carlos, Correas, Vázquez Oscar, et. al. (2013) *El comunismo jurídico*. México. UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarios en Ciencias y Humanidades.
- Robledo, A. (2013). Ángela Robledo pide a Santos revelar cuáles EPS financiaron su campaña. Retrieved from <http://www.angelarobledoprensa.com/2013/11/angela-robledo-pide-santos-revelar.html>
- Robledo, J. E. (2011). ¿Corrupción ilegal y legal? Bogotá: Foro lucha contra la corrupción.
- Rodríguez, C. A. G., Bernal, O., & Gutiérrez, C. (2012). *La salud en Colombia : logros, retos, y recomendaciones*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes; Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo.
- Rodríguez, G. C. (2008). *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Ediciones Uniandes.
- Rodríguez, G. C. (2010-2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(1669).

- Rodríguez, G. C. (2012). *The Globalization of the Rule of Law: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America*. *Lawyers and the Transnationalization of the Rule of Law*. New York: Routledge.
- Rodríguez, M. R., & Infante, C. A. (2004). Universal Health Care for Colombians 10 years after Law 100: Challenges and Opportunities. *Health Policy*, 68(2), 129-142.
- Rodríguez, S. Ó. (2011). Ajustes a salud no resuelven la crisis. *UN Periódico*. Retrieved from <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/ajustes-a-salud-no-resuelven-la-crisis.html>
- Roux, R. (2005). *El príncipe mexicano. Subalternidad, historia y Estado*. México D.F.: Ediciones Era.
- Ruiz-Rodríguez, M., Wirtz, V. J., & Nigenda, G. (2009). Organizational elements of health service related to a reduction in maternal mortality: The cases of Chile and Colombia. *Health Policy*, 90(2-3), 149-155.
- Rumeu de Armas, A. (1992). *El tratado de Tordesillas: rivalidad hispano-lusa por el dominio de océanos y continentes*. Madrid: Mapfre. Teresa Tono. from http://www.oes.org.co/productos/foro/foro_2013/conferencistas/nacionales/item/10-teresa-tono.html
- Sánchez, R. (2002). Luces y sombras de la Constitución de 1991. Comentarios a la ponencia *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; ILSA; Unibiblos.
- Sánchez, V. A. (2006). La cuestión del poder en Marx *Entre la realidad y la utopía. Ensayo sobre política, moral y socialismo*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Santofimio, G. J. O. (2003). Los servicios públicos: viscosidades y fundamentos de una tema jurídico inconcluso e impreciso. In A. Arismendi A. (Ed.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (Vol. II, pp. 1881-1956). Madrid: Cívitas Ediciones.
- Semana. (2013a). La caída de un imperio. *Revista Semana*.
- Semana. (2013b). Se despató la `bancada´ de la salud. *Revista Semana*.
- Semana, R. (1986). Los hombres del presidente. *Revista Semana*.
- Sennett, R. (2000). *La corrosión del carácter, las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Barcelona: Anagrama.
- Spicker, P., Álvarez, L. S., & Gordon, D. (Eds.). (2009). *Pobreza. Un glosario internacional*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO.
- Stocker, K., Waitzkin, H., & Iriart, C. (1999). The Exportation of Managed Care to Latin America. *N Engl J Med*, 340(14), 1131-1136. doi: 10.1056/nejm199904083401425
- Stolowicz, B. (2012). *A contracorriente de la hegemonía conservadora*. Bogotá: Espacio Crítico - Centro de Estudios.
- Stolowicz, W. B. (2009). El debate actual: posliberalismo o anticapitalismo *América latina hoy ¿reforma o revolución?* Querétaro: Ocean Sur.
- Stolowicz, W. B. (2011). América Latina hoy: La estrategia conservadora *posneoliberal* para la estabilización capitalista. *I(8)*. Retrieved from <http://www.escenarios21.com/2011/0060.html> website:

- Superintendencia de Industria y Comercio, S. (30 de agosto de 2011). *Resolución No. 46111*. Bogotá D.C.
- The Economist. Colombia's health reforms. Shock treatment. *The Economist*. Retrieved from <http://www.economist.com/node/15469812/print>
- Tigar, E. M., & Levy, R. M. (1978). *El derecho y el ascenso del capitalismo*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Umaña, L. E. (2003). *Camilo y el nuevo humanismo. Paz con justicia social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales.
- Uprimny, Y. R. (2001). *Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas* Paper presented at the Seminario de Evaluación Diez Años de la Constitución Colombiana 1991-2001, Bogotá.
- Uprimny, Y. R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72.
- Uprimny, Y. R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In G. C. Rodríguez (Ed.), *El derecho en América Latina. Un mala para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Uribe, G. M. (2009). La dinámica de los actores en la implementación de la reforma del sistema de salud en Colombia: exclusiones y resistencias (1995-2003). *Revista de Gerencia y Políticas de la Salud*, 8(17), 44-68.
- Uribe, G. M. M. (2009). *La contienda por las reformas del sistema de salud en Colombia (1990-2006)*. (Doctora en Ciencia Social con especialidad en Sociología), El Colegio de México, México D.F.
- Valencia, V. H. (2010). *Cartas de batalla : una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Vega, C. R. (1997). *¿... "Fin de la historia" o desorden mundial? Crítica a la ideología del progreso y reivindicación del socialismo*. Santafé de Bogotá: Ediciones Antropos.
- Vega, C. R. (2002a). *Gente muy rebelde. 1. Enclaves, transportes y protestas obreras*. Bogotá, D.C.: Ediciones Pensamiento Crítico.
- Vega, C. R. (2002b). *Gente muy rebelde. 2. Indígenas, campesinos y protestas agrarias*. Bogotá, D.C.: Ediciones Pensamiento Crítico.
- Vega, C. R. (2002c). *Gente muy rebelde. 3. Mujeres, artesanos y protestas cívicas*. Bogotá, D.C.: Ediciones Pensamiento Crítico.
- Vega, C. R. (2002d). *Gente muy rebelde. 4. Socialismo, cultura y protesta popular*. Bogotá, D.C.: Ediciones Pensamiento Crítico.
- Vega, C. R. (2010). *Los economistas neoliberales: nuevos criminales de guerra. El genocidio económico y social del capitalismo contemporáneo*. Colombia: Alejandría Libros
- Vega, C. R. (2011a). *Un mundo incierto, un mundo para aprender y enseñar. Las transformaciones mundiales y su incidencia en la enseñanza de las Ciencias Sociales. Capitalismo, tecnociencia y ecocidio planetario*. Bogotá: Impresol Ediciones

- Vega, C. R. (2011b). *Un mundo incierto, un mundo para aprender y enseñar. Las transformaciones mundiales y su incidencia en la enseñanza de las Ciencias Sociales. Imperialismo, Geopolítica y retórica democrática*. Colombia: Impresol Ediciones
- Vega, R. (2011). ¿Cómo caracterizar el mundo actual? Una aproximación terminológica *Un mundo incierto, un mundo para aprender y enseñar. Las transformaciones mundiales y su incidencia en la enseñanza de las ciencias sociales. Imperialismo, geopolítica y retórica democrática*. Bogotá: Impresol ediciones.
- Vega, C. R. (2013). *Capitalismo y despojo. Perspectiva histórica sobre la expropiación universal de bienes y saberes*. Bogotá D.C.: Impresol Ediciones.
- Vega, C. R. (2014). La formación de una cultura "traqueta" en Colombia. *Rebelión.org*.
- Waitzkin, H., & Iriart, C. (2000). How the United States Exports Managed Care to Third-World Countries. *Monthly Review*, 52(1).
- Waitzkin, H., Iriart, C., Estrada, A., & Lamadrid, S. (2001). Social medicine in Latin America: productivity and dangers facing the major national groups. *The Lancet*, 358(9278), 315-323.
- Wallerstein, I. (2011 [1980]). *El moderno sistema mundial*. México: Siglo XXI.
- Watson, A. (1974). *Legal Transplants*. Edinburgh: Scottish Academic Press.
- Watson, A. (1982-1983). Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *University of Pennsylvania Law Review*, 131, 1121-1158.
- Weber, M. (2012 [1902]). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (2012 [1905]). *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Madrid: Biblioteca Nueva - Minerva.
- Whiteside, H. (2009). Canada's Health Care "Crisis": Accumulation by Dispossession and the Neoliberal Fix. *Studies in Political Economy*, 84.
- Wikipedia. (2014). Fernando Botero Zea. Retrieved 12-01-14, 2014, from http://es.wikipedia.org/wiki/Fernando_Botero_Zea
- Yamin, A., & Parra-Vera, O. (2009a). How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court. *PLos Med*, 6(2).
- Yamin, A., & Parra-Vera, O. (2009b). Judgment T 760/08 and the Restructuring of Colombia's Health System. *Housing and ESC Rights Quarterly*, 6(2), 0147-0150.
- Yamin, A., & Parra-Vera, O. (2010). Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates. *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2), 431-459.
- Yamin, A., Parra-Vera, O., & Gianella, C. (2011). Judicial protection of the Right to Health in Colombia: An Elusive Promise? In A. Yamin & S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 103-131). Cambridge, MA: Harvard Human Rights Series, Harvard University Press.
- Yepes, J. F., Ramírez, M., Sánchez, L. H., Ramírez, M. L., & Jaramillo, I. (2010). *Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993*.

Bogotá: Assalud; Universidad del Rosario, Facultad de Economía; Mayol Ediciones.
Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Documentos jurídicos y gubernamentales de Colombia:

Sentencias de la Corte Constitucional

Colombia, Corte Constitucional, (mayo, 1992) “Sentencia T – 02”, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (junio, 1992) “Sentencia T – 402”, M. P. Alejandro Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (junio, 1992) “Sentencia T – 406”, M. P. Ciro Angarita Baron, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (1992) “Sentencia T – 505”, M. P Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Febrero, 1995) “Sentencia SU – 043”, M. P Fabio Morón Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Febrero, 1995) “Sentencia T – 020”, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Octubre, 1996) “Sentencia T – 533”, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Enero, 1996) “Sentencia T – 01”, M. P Fabio Morón Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Marzo, 1997) “Sentencia T – 114”, M.P. Antonio Barrera Carbonell, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (1997) “Sentencia C – 577”, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (1997) “Sentencia SU – 480”, M. P. Fabio Morón Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Marzo, 1997) “Sentencia SU – 111”, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Septiembre, 1997) “Sentencia SU – 480”, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (1999) “Sentencia T – 569”, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (1999) “Sentencia C – 179”, M. P. Fabio Morón Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (1999) “Sentencia T – 569”, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Diciembre, 2000) “Sentencia C – 1716”, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Abril, 2000) “Sentencia T – 398”, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Agosto, 2001) “Sentencia T – 849”, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Noviembre, 2001) “Sentencia T – 1207”, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (2001) “Sentencia C – 821”, M. P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2001, junio), “Sentencia C – 616”, M. P. Rodrigo Escobar, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Julio, 2004) “Sentencia T – 654”, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Marzo, 2004) “Sentencia T – 025”, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Agosto, 2006) “Sentencia T – 730”, M. P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Septiembre, 2007) “Sentencia T – 730”, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (diciembre, 2007) “Sentencia C – 1041”, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Mayo, 2008) “Sentencia C – 463”, M.P. Jaime Araújo, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Julio, 2008) “Sentencia T – 760”, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá

Colombia, Corte Constitucional, (Abril, 2010) “Sentencia C – 252”, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá

Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS)

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (1994) “Acuerdo 08”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2005) “Acuerdo 289”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2005) “Acuerdo 302”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2005) “Acuerdo 313”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2005) “Acuerdo 336”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2006) “Acuerdo 350”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2007) “Acuerdo 357”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2007) “Acuerdo 368”, Bogotá

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (2007) “Acuerdo 380”, Bogotá

Colombia, Consejo de Regulación en Salud, (2008) “Acuerdo 19, Bogotá

Resoluciones de Ministerios

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social, (1994) “Resolución 5261”, Bogotá

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, (1994) “Resolución 0561”, Bogotá

Colombia, Comisión Séptima. Senado de la República, (1997) “Resolución 5061”, Bogotá

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, (1998) "Resolución 2312", Bogotá

Colombia, Ministerio de Salud, (1998) "Resolución 2312", Bogotá

Colombia, Ministerio de Salud, (2002) "Resolución 1240", Bogotá

Colombia, Ministerio de Salud, (2002) "Resolución 1240", Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2008) "Resolución 2571", Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2008) "Resolución 2571", Bogotá

Colombia, Superintendencia Nacional de Salud, (2011) "Resolución 4361", Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2013) "Resolución 5222", Bogotá

Decretos

Colombia, Presidencia de la República, (1978) "Decreto extraordinario 1923", " Por el cual se dictan normas para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y se garantiza la seguridad de los asociados", Diario Oficial No. 35.101 de 21 de septiembre de 1978, Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (1990) "Decreto 927 de 1990", " por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público", Diario Oficial No. 39.335, de 3 de mayo de 1990 , Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (1990) "Decreto 1901", " Por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones, se determina las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial No. 39507 de 19 de agosto de 1990 , Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (1990) "Decreto 1900", " Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines", Diario Oficial No. 39.507 de Agosto 19 de 1990, Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (1991) "Decreto Reglamentario 2591", "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política" Diario oficial número 40.165 de 19 de noviembre de 1991. Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (1994) "Decreto 1298", " Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud", Diario Oficial No. 41.402, del 22 de junio de 1994 , Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (1996) "Decreto 1283", "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Publicado en el Diario Oficial No. 42.840 de Julio 25 de 1996, Bogotá

Colombia, Ministerio de Salud, (1998) "Decreto 1838", Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2007) "Decreto 1698" "Por el cual se modifica el decreto 574 de 2007 que define las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidad Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas" Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2007) "Decreto 574" " Por el cual se definen y adoptan las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas", Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2008) "Decreto 2277", "Por el cual se reglamenta el proceso para adelantar la designación de los comisionados expertos que formaran parte de la Comisión de Regulación en Salud" Bogotá

Colombia, Ministerio de Protección Social, (2009) "Decreto 4789", "Por medio del cual se modifican los decretos 574 de 2007, 1698 de 2007 y 2353 de 2008" Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (2011) "Decreto 4107", " Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social ", Diario Oficial 48241 del 2 de noviembre de 2011, Bogotá

Colombia, Presidencia de la República, (2013) "Decreto 1921" Por la cual se modifica el artículo 5to del decreto 574 de 2007, modificado por los artículos 1ro y 3 ro de los decretos 1698 de 2007 y 4789 de 2009" Bogotá

LEYES

Colombia, Congreso Nacional de la República (1989, 20 de diciembre), "ley 72 de 1989 " por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se conceden unas facultades extraordinarias al Presidente de la República" Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 28 de diciembre), "ley 50 de 1990", " por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Nota 1: Reglamentada parcialmente por el Decreto 2264 de 2013 por el Decreto 1194 de 1994. Decreto 1707 de 1991. y por el Decreto 1127 de 1991" Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 18 de diciembre), "ley 45 de 1990", " Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones" Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (1991, 16 de enero), "ley 7 de 1991", " *por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica*" Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1991, 17 de enero), "ley 9 de 1991 "por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias" Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (1991, 10 de enero), "ley 1 de 1991 " por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones" Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 10 de enero), "ley 10 de 1990 " por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones" Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (1993, 23 de diciembre), "ley 100 de 1993 " "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" *Bogotá*

Colombia, Congreso Nacional de la República (2000, 8 de agosto), "ley 608 de 2000 " " por la cual se modifican y adicionan los Decretos 258 y 350 de 1999, proferidos en desarrollo de la emergencia económica declarada mediante el Decreto número 195 de 1999, y se dictan otras disposiciones" *Bogotá* DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVI. N. 44129. 15, AGOSTO, 2000. PAG. 1.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2001, 18 de septiembre), "ley 691 de 2001, "*mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia*", Publicada en el Diario Oficial No. 44.558 del Viernes 21 de Septiembre de 2001. Año CXXXVII, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2001, 18 de septiembre), “ley 691 de 2001, *“mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”*, Publicada en el Diario Oficial No. 44.558 del Viernes 21 de Septiembre de 2001. Año CXXXVII, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2001, 21 de diciembre), “ley 715 de 2001 *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2002, 27 de diciembre), “ley 789 de 2002 ” *“por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”*. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2007, 9 de enero), “ley 1122 de 2007 ” *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2010, 12 de julio), “ley 1393 de 2010 ” *“por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 19 de enero), “ley 1438 de 2011 ” *“por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 4 de mayo), “ley 1444 de 2011 ” *por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones ”* Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2012, 26 de diciembre), “ley 1607 de 2012 ” *por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”* Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la República (2012, 2 de enero), “ley 1608 de 2013 ” *por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud ”* Bogotá

Entrevistas

Esperanza el 13, 16 y 17 de marzo de 2010 en Bogotá D.C.