

Sentencia T-760 de 2008:
**Una justificación desde la nueva economía institucional,
las políticas públicas y el constitucionalismo**

Sebastián Londoño Sierra*

*Estudiante de último año de derecho y sexto semestre de ciencias políticas de la Universidad EAFIT.

Introducción

El aporte que la teoría económica ha hecho a la comprensión del comportamiento del hombre da cuenta de elaboraciones hoy muy depuradas y es resultado de múltiples revisiones y adiciones a los que una vez fueran supuestos incuestionados. La constante preocupación por replantearse la conducta del ser social, ha hecho de la economía una ciencia de obligada referencia cuando el objeto de estudio es la conducta humana en interacción intersubjetiva con el medio en que se desenvuelve. Por su parte, el derecho, entendido como algo mucho más complejo que el simple conjunto de normas con pretensión de regular la vida en sociedad, ha llevado a cabo una importante función performativa y, de una u otra manera, ha contribuido al establecimiento del particular estado de cosas que permite hablar de un orden actual.

Que en el mismo fragmento haga referencia a la economía y al derecho, de forma tal que no parezca haber conexión suficiente entre ellos y por tanto su lectura suponga dificultad, no es un error lógico involuntario. Así como el párrafo anterior está soportado por una muy precaria coherencia, producto de la unión forzada entre derecho y economía, también el entendimiento y la comprensión de la conducta humana son muchas veces fragmentarios cuando son el resultado de aproximaciones que, desde una u otra ciencia, están determinadas por la errada creencia de lo que podría pensarse en términos de “autosuficiencia epistemológica”.

La pretensión de este ensayo es aportar a la consolidación de un mayor y mejor diálogo entre el derecho y la economía de forma tal que el comportamiento del hombre, objeto de estudio compartido, sea abordado desde perspectivas más completas y como producto de ello se arribe a conclusiones que excedan las actuales en capacidad explicativa.

Con este propósito en mente, el texto sugiere una aproximación al análisis de una política pública de origen judicial en que algunos elementos económicos y jurídicos coexisten y se complementan en torno. Más que centrar la atención en los efectos económicos de la decisión que será objeto de estudio, la intención es utilizar conceptos y elementos propios de la teoría económica para el análisis y eventual justificación de la intervención de la Corte Constitucional en el señalamiento de la política pública en salud.

En lo que puede resultar ser una propuesta más ambiciosa de lo aconsejable, en este ensayo se pretende la construcción de un particular punto de intersección entre el derecho, la ciencia política y la economía, alrededor del análisis de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional. La apuesta es entonces por procurar una aproximación a la política pública que señala la Corte Constitucional en relación con el sistema de seguridad social en salud. Para ello, el análisis recurre a elementos de la denominada nueva economía institucional al señalar los problemas que la intervención judicial atenúa, en lo económico, al reducir la asimetría de información y disminuir costos de transacción, señalando la importancia de las instituciones.

Adicionalmente, el problema de agencia, objeto de los planteamientos neo institucionales, es anotado a propósito de la relación que tiene lugar entre la ciudadanía y los gobernantes, y sirve de puente para establecer la relación entre las consideraciones económicas y las que se hacen en el ámbito de la ciencia política.

Como se indicará en este ensayo, la intervención de la Corte Constitucional en el sistema de seguridad social en salud da cuenta de una política pública que se fija en la agenda por la vía judicial y permite afirmar que con este tipo de intervenciones la Corte hace políticas públicas.

Por último, las reflexiones que se proponen son de orden jurídico político y están pensadas como anotaciones que sirvan de puente entre las consideraciones de ciencia política y las de orden jurídico constitucional. Con ellas se pretende construir la sección final del ensayo y en la misma se indica la importancia del juez constitucional en el marco de un modelo de Estado como el consagrado en la Constitución Política de 1991 y el papel que está llamado a cumplir en defensa de los derechos constitucionalmente consagrados y control de las demás ramas del poder público.¹

I. Análisis económico de la intervención judicial en salud

Antes de iniciar la presentación de las anotaciones que, con herramientas económicas, se utilizan para el análisis de algunos puntos de la sentencia T-760, se quiere aclarar que las mismas se limitan a las consideraciones provenientes del denominado neoinstitucionalismo. Con ello se pretende, en primer lugar, señalar la importancia de los arreglos institucionales en el diseño de la política pública en salud y la reducción de la asimetría de información, costos de transacción y problema de agencia; en segundo lugar, la intención es también la de limitar el debate a la pertinencia y adecuada presentación de los conceptos económicos que se utilizan en el análisis de la sentencia, y desplazar así la discusión acerca de la preferencia por una u otra escuela del análisis económico del derecho a ámbitos diversos que no serán siquiera mencionados en este escrito.²

¹ Es interesante leer el texto *El Control Constitucional en el Trópico* del profesor Hugo Palacios y ver cómo afirma que, en su opinión, “los juicios sobre las decisiones de la Corte en cuanto a sus facultades en materia económica deben formularse desde la perspectiva propia de la naturaleza de esas decisiones, esto es, desde una perspectiva política” (2001: 9) y que, y es este punto el que reviste mayor interés para este escrito, “[c]uando se acepta que exista un órgano estatal con capacidad de interpretar la Constitución, y de privar de sus efectos las leyes, y de dar órdenes a las autoridades en cierto tipo de conflictos concretos, se acepta que la definición de las ‘políticas públicas’ debe contar con él”.

² Para un desarrollo suficiente de los supuestos, elementos y metodología empleada por el neo institucionalismo se recomienda la lectura de la segunda parte del texto *Anotaciones Sobre Análisis Económico del Derecho* (2005) del profesor Carlos Pablo Márquez, en especial el numeral 4 que se ocupa del neo institucionalismo como escuela del Análisis Económico del Derecho.

Las decisiones que adoptan el sistema y el régimen político para la solución de los problemas sociales están condicionadas y limitadas por lo que Cuervo (2007) entiende como un marco referencial. Así entendido, no se considera forzado suponer éste como una manera diversa de expresar el concepto mismo de instituciones propuesto por Douglass C. North, que por su parte entiende que “[l]as instituciones... son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico” (1993: 13).

Está claro que la Constitución Política colombiana establece límites, tanto formales como materiales, a las decisiones que toman las ramas del poder público en desarrollo de sus funciones y en procura de la solución de los problemas que configuran la agenda pública. Las restricciones constitucionalmente impuestas deben operar como importantes indicadores de aquellos asuntos que prioritariamente han de ocupar la atención de los poderes de elección popular, y las políticas públicas, desde una aproximación neo institucional, pueden ser entendidas, como señala Eslava, a la manera de

[i]nstituciones creadas por estructuras de poder y se imponen como directrices para abordar las prioridades de la agenda pública. Es decir, son instituciones que limitan o facilitan el comportamiento individual y social con base en los escenarios de deliberación y decisión que construye el poder (de jure o de facto); se trata de actores que dan forma al cambio institucional por medio de procesos de toma de decisión pública. En términos normativos, las políticas deben garantizar la traducción de las ideas individuales de todos los actores en acciones siempre que exista una discusión participativa e informada alrededor de las prioridades sociales (2008: 7).

La importancia de los valores, derechos y objetivos constitucionalmente consagrados, o que como consecuencia del Estado Social de Derecho se entienden implícitos, radica en la limitación que suponen para el ejercicio del poder y la toma de

decisiones públicas, que no es otra cosa que un intercambio entre la ciudadanía y los poderes públicos. No obstante, el estado de cosas del sistema de la seguridad social en salud indica que los agentes que operan en el mercado de salud (EPS³, IPS⁴, Gobierno, Reguladores) han desconocido sistemáticamente estas instituciones.

La desidia de gobiernos y legisladores en materia de salud ha procurado un sistema que en la práctica ha llevado a un constante desconocimiento del derecho a la salud. La ausencia de intervenciones y regulación de un sistema que por su naturaleza misma está llamado a satisfacer la demanda de un bien meritorio, como tiene que ser entendida la salud en un Estado Social de Derecho, generó incentivos negativos, mecanismos insuficientes para el acceso al derecho, aumentó los costos de transacción e incrementó la asimetría de información, todo ello en detrimento del goce efectivo del derecho a la salud de la población más necesitada. Este diagnóstico obliga un fallo de la Corte Constitucional, para muchos en exceso progresista en el que de manera subsidiaria y en protección de derechos constitucionales sistemáticamente vulnerados, decide intervenir en la política pública en salud, particularmente desde una fijación de carácter mandatorio en la agenda política y obligando una definición del problema en clave de derechos. Como se sugiere en este acápite, en la sentencia T-760 para la Corte es claro que

Sin duda, adoptar las regulaciones que suplan los vacíos constatados en esta providencia es un paso indispensable para cumplir lo ordenado. No obstante, desde el punto de vista de los usuarios del sistema de salud, lo esencial es que

³³ La sigla hace referencia a las Entidades Promotoras de Salud, que según lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, “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 de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, 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, de que trata el título II de la presente ley”.

⁴ Se refiere a la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que, por disposición del artículo 185 de la Ley 100 de 1993, tienen como función “prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley”.

tales regulaciones remuevan los obstáculos para acceder a los servicios de salud, supriman los desincentivos que han conducido a los graves problemas analizados en esta sentencia y, en general, establezcan un marco de reglas de juego en las cuales los titulares del derecho a la salud pueda gozar de éste de manera oportuna, continua, eficaz. Ello significa que con el tiempo dejará de ser necesaria la interposición de tutelas como parte de un trámite adicional para acceder libre y autónomamente a un servicio de salud oportuno de calidad y eficiente.

La referencia a las instituciones -en el sentido de North- es necesaria y a partir de ella es posible encontrar causas importantes del desconocimiento del goce efectivo del derecho a la salud. Una de las causas más importantes en la reclamación del derecho a la salud vía tutela, es producto de negación de solicitudes presentadas por los usuarios a las EPS para que les sea reconocido un medicamento o un servicio que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS).⁵ Aunque en principio los supuestos deben ser diferenciados en atención a que se trate de un medicamento o un servicio, la falta de un proceso de reclamación suficientemente idóneo para casos de reclamación no POS, genera incentivos negativos que en ambos eventos hacen preferible la negación por parte de la EPS quien espera ser demandada vía tutela para realizar las actuaciones dirigidas a la satisfacción del derecho.⁶

⁵ Es necesario hacer la diferencia cuando lo no cubierto por el POS sea un medicamento o un servicio, pues en el primero de los casos existe un procedimiento en atención al cual, en términos generales, la prescripción del médico tratante, en caso de que contenga un medicamento no POS, es remitida al Comité Técnico Científico (CTC) de la EPS, quien será el encargado de ordenar el suministro. Cuando de servicios médicos –no medicamentos- se trata, el sistema no considera mecanismo alguno.

⁶ Aunque en principio la situación debiera ser diferente en los supuestos de medicamentos y servicios -por lo anotado en el pie de página inmediatamente anterior- en última instancia la situación no varía en mucho para los usuarios, quienes normalmente deben exigir la prestación vía tutela. En el caso de medicamentos, en que se cuenta con mecanismo (trámite interno de la EPS que lleva el caso al CTC, y que no puede ser nunca entendido como obligación del usuario), los términos para la reclamación de medicamentos no POS generaba incentivos perversos para el goce del derecho a la salud pues como entiende la Corte el artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004, se sigue que “la entidad que negaba las autorizaciones de los medicamentos autorizados por una persona y luego era condenada a garantizar su suministro mediante una acción de tutela, podía el 100% del valor del medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, mientras que las entidades que autorizaban el suministro de un medicamento a una persona, sólo podían recobrar el 50% de su valor, o la diferencia entre éste y el valor de un medicamento homólogo contemplado dentro del Plan Obligatorio”. Así, si la situación tiene lugar en caso de medicamentos, qué decir para los supuestos donde la tutela procura servicios y el sistema no cuenta con mecanismo (salvo la tutela) pues el CTC no está facultado para ordenar servicios no POS.

Como se ve, las condiciones institucionales no están siquiera claras en los aspectos que mayores problemas suponen para el goce efectivo del derecho y que son, en consecuencia, una de las razones por las que más se acude al juez de tutela.

Los problemas entre usuarios y EPS se agravan, con el consecuente impacto negativo para el disfrute del derecho, por los problemas de asimetría de información. El problema de la deficiente información con la que cuentan los usuarios, para los propósitos de este escrito, es analizado en términos de un obstáculo de relevancia tal que se torna en causa de desconocimiento del derecho. Si los usuarios no tienen siquiera la información de calidad tal que les permita saber, en términos lo suficientemente accesibles, qué es el POS y qué se encuentra incluido en el mismo, sería absurdo pensar que podrán exigir les sea suministrado todo aquello a lo que tienen derecho. Las EPS e IPS, por su parte, cuentan con información de mejor calidad que la de los usuarios, y sumado esto a los incentivos del sistema señalados, no debiera resultar extraño, por lo menos desde los supuestos de la elección racional del agente económico, que haya una marcada tendencia a negar medicamentos y servicios en salud.

Si bien la falta de información –unida a incentivos como los señalados- hace que los oferentes del sector salud no se vean lo suficientemente motivados para mejorar la prestación de servicios y suministro de medicamentos, tampoco se generan las presiones propias del juego de oferta y demanda en un mercado competitivo que llevarían a prestaciones con mayor cobertura, mejor calidad y a menores costos. El usuario, con el derecho de elegir la entidad a la cual desea vincularse, señalar la entidad prestadora e incluso el profesional que lo atenderá,⁷ por falta absoluta de información que le permita comparar el desempeño de los oferentes y prestadores, en términos económicos no se

⁷ A propósito, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 sostiene, en el literal g) que “[l]os 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 y las instituciones prestadoras de servicios de salud”

puede decir que haga una elección racional, pues ello no supondría una decisión maximizadora de su bienestar, y en clave del ejercicio de un derecho sería más adecuado hablar del lleno de un requisito formal que faculta para acceder al sistema.

La asimetría de información, entendida como aquí se propone, afecta de doble manera el goce efectivo del derecho a la salud. Por un lado, al no poder determinar el usuario cuál es el contenido del POS, no sabe de forma clara cuáles son sus derechos y se llega incluso a generar continuas y repetidas situaciones en las que se niegan medicamentos y servicios incluidos en el POS⁸. En palabras de la Corte

[e]l estado desprotege el derecho a la salud de las personas al mantener las incertidumbres en torno a la cobertura asegurada por el plan obligatorio de salud, pues así impone cargas elevadas y barreras al acceso a los servicios de salud... además, tales incertidumbres impiden adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la financiación de los servicios de salud.

Por otro lado, al no generar la información para el adecuado funcionamiento del mercado de salud, el desempeño de los oferentes -y el impacto de ello en la satisfacción del derecho- no se erige en factor determinante para la elección de los usuarios y como resultado, los malos prestadores no son castigados por el mercado, pero tampoco aquellos respetuosos y conscientes de la importancia de su función para la satisfacción de derechos son premiados.⁹

Ocurre que instituciones inadecuadas no sólo generan incentivos indeseados, sino que además, junto con la ausencia de información o información insuficiente,

⁸ Como resalta la Corte con base en los datos suministrados en el informe de la Defensoría del Pueblo "*La tutela y el derecho a la salud período 2003-2005*", "cerca del 56.4% de las acciones de tutela presentadas en el período estudiado, reclamaban un servicio al cual legal y reglamentariamente los usuarios tenían derecho y que, por tanto, debía ser garantizado sin necesidad de demanda alguna".

⁹ En este sentido, la Corte ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten medidas necesarias para generar este tipo de información y entiende que "[c]on este fin, el Ministerio y la Superintendencia deberán informar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Corte Constitucional i) cuáles son las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia incurrir en prácticas violatorias del derecho a la salud de las personas".

aumentan los costos de transacción¹⁰. En el estudio de los asuntos que llegan a la jurisdicción reclamando la tutela del derecho a la salud, el papel que realiza la Corte al identificar grupos poblacionales muchas veces invisibilizados y sus problemas, al ordenar gasto –en este particular caso de forma necesaria pero no explícita- de manera que se garantice el derecho y al decretar el estados de cosas inconstitucionales¹¹ entre otros, reduce los costos de transacción.

Se reducen los costos de información al ordenar que lo incluido en el POS y la información del desempeño de los agentes se hagan sean accesibles a los usuarios; los costos del monitoreo porque la Corte canaliza las reclamaciones judiciales y las hace objeto de estudio ordenado, pues de otra forma éstas no serían más que un inmenso conjunto desarticulado sin mayor valor explicativo; y reduce los costos del cumplimiento obligatorio por la fuerza que de hecho acompaña sus decisiones, incluso cuando impone términos al ejecutivo o el legislativo para realizar las acciones que ella misma le ordena.

¹⁰ Roth (2004: 39), citando a North y Coase respectivamente, afirma que para el primero los costos de transacción se definen como “los recursos necesarios para medir tanto los atributos físicos como legales de los bienes que se están cambiando, los costos de vigilar, patrullar y hacer cumplir los acuerdos y la incertidumbre que refleja que refleja el grado de imperfección en la medición y cumplimiento de los términos de intercambio”, y entiende que en el planteamiento de Coase se incluyen también los “costos de acción de vigilancia y policía”. Jesús Antonio Bejarano (1999: 164) hace una presentación sencilla en la que entiende que “[l]os costos de transacción son los costos de intercambio... y a las tres formas de costos de transacción... podemos definirlos como: 1. Costos de búsqueda, 2) Costos de arreglo y 3) Costos de la ejecución”. North (1993: 43), por su parte, sostiene que “los costos de la información son la clave de los costos de la negociación, que se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que se está intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos”.

¹¹ En la sentencia T-760 de 2008 la Corte no hace una declaración expresa del estado de cosas inconstitucional a la manera en que lo hizo en la sentencia T-025 de 2004 cuando se pronunció acerca de la situación de la población desplazada. No obstante, en aquella ocasión calificó la situación de la población desplazada señalando que “las políticas públicas de atención a la población desplazada no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de derechos”. En la sentencia T-760 de 2008, la Corte entiende que los casos que se analizan en la sentencia reflejan una situación generalizada que da cuenta de una deficiente política pública en salud, y en términos similares a los empleados en la T-025 en el caso del sistema general de seguridad social en salud afirma que “[e]stos casos revelan la existencia de problemas generales, graves y recurrentes en el sistema de protección del derecho a la salud” y entiende además que “[l]a problematización de los casos concretos explicada... más allá de describir situaciones particulares de usuarios del sistema de salud refleja un problema estructural del Sistema de Seguridad Social en Salud generado, entre otros, por diversas fallas en la regulación”.

Son estas anotaciones en relación con los costos de transacción las que, en parte, explican la escogencia de un enfoque de redes de políticas públicas en lo que será el objeto de estudio en la segunda parte del ensayo. Como quedará claro en aquella sección, el mencionado enfoque, además de incluir más actores y que además se relacionan por medio de vínculos cada vez menos verticales, lo que hace el proceso más democrático, tiene ventajas desde un análisis de costos, pues aunque aumente los de transacción disminuye los de implementación. En palabras de Roth,

con esta nueva manera de actuar los costos de formulación serán más altos (concertación, participación, costos de decisión, tiempo –los mal vistos costos de transacción del neoinstitucionalismo económico-), pero que reducirá los costos de implementación, pues las políticas tendrán mayor legitimidad a través de las redes que participaron en su elaboración y que, eventualmente, participan en su implementación (reducción de la separación entre formuladores e implementadores) (2007: 45).

Es importante anotar que a propósito del cambio institucional que puede darse por el ejercicio judicial de protección de derechos, por el de control que realiza a los otros poderes en su ejercicio de políticas públicas y por el poder de negociación que le viene dado por la Constitución y las dinámicas que han tenido lugar con el papel de “jueces activistas”, es adecuado señalar que ésta intervención de la Corte en materia de salud puede dar lugar a cambios institucionales importantes porque, como indica North “habrá grandes cambios en el marco institucional formal sólo cuando alterar las reglas formales signifique mejorar el interés de quienes tienen suficiente capacidad de negociación”(1993: 94).

El problema de asimetría de información que tiene lugar en la relación entre usuarios del sistema y las entidades que en parte lo conforman, es muy probablemente el resultado del problema de agencia que se presenta entre la ciudadanía y los órganos de representación popular. Cuando la interacción entre ciudadanía y gobierno se analiza

con el uso de algunas nociones de la economía neo institucional, y se considera desde la perspectiva de una relación de agencia, la dificultad radica en la deficiente interacción entre los sujetos de la misma. La agencia, en el caso del sistema democrático colombiano, se torna en un “problema de agencia” en el que la interacción entre las partes no se satisface de manera adecuada a través de las políticas públicas y el control ciudadano al ejercicio del poder público.

Si se entiende que una parte importante de los problemas en la relación ciudadanía-gobierno son producto de la incertidumbre de la conducta humana; que esta incertidumbre es a su vez producto de información insuficiente para descifrar la conducta de los demás individuos que hacen parte del intercambio; y que las decisiones que los individuos adoptan (que no es otra cosa que la conducta misma) están determinadas por los precios relativos de los bienes -y los atributos de los mismos- que se intercambian; entonces, una forma de reducir aquellos inconvenientes que han hecho de las políticas públicas un discurso retórico más que una forma de satisfacción de necesidades y garantía de derechos, es considerar la necesidad de las instituciones.

La importancia y utilidad de las instituciones radica en el papel que cumplen al reducir la incertidumbre debido a la insuficiencia de información en el ámbito complejo de la solución de problemas y el intercambio humanos. Se tiene entonces que el marco institucional creado limita la elección que pueden hacer los actores, y es producto de las condiciones previas, es decir, de “las limitaciones computacionales del individuo... considerada[s] junto con las incertidumbres propias del desciframiento del medio, evolucionan normas y procedimientos que simplifican el proceso” (North, 1993: 41).

La interacción entre las partes de la relación de agencia que nos interesa, como sostiene Eslava (2008), se da –o podría darse- a través de las políticas públicas y del

control que se haga de la función pública. Lo que la realidad nacional sugiere, por el contrario, y en especial en el caso del sistema de seguridad social en salud, es que la interacción es deficiente; y si se entiende que los componentes de esa interacción son el control de la función pública y las políticas públicas, las deficiencias radican en éstos.

En un “modelo de agencia” –muy lejano al parecer de nuestra realidad- suponemos que la política pública en salud busca la satisfacción de los intereses de los electores mediante un proceso en el que el intercambio se da como resultado de dinámicas muy complejas. Lo que ocurre en el proceso de políticas públicas en Colombia, o por lo menos eso es lo que sugiere la abrumadora insatisfacción de derechos por los que se demanda tutela efectiva del derecho a la salud, es que los intereses de la mayoría parecen coincidir en torno a la solicitud –debiera leerse exigencia- de políticas que garanticen la realización y el goce efectivo del derecho constitucionalmente consagrado; pero por alguna razón, en el proceso de negociación, esos intereses no logran configurar políticas adecuadas.

Las reglas están determinadas por los intereses y por el proceso de negociación mismo como lo explica North quien sostiene que

[e]l grado de la diversidad de los intereses económicos y políticos, dada la fuerza de negociación relativa, influirá en la estructura de las reglas. La razón inmediata es que mientras más números sean los intereses, menos probable sería que la simple mayoría (en la política) triunfe y más grande será la probabilidad de que el intercambio se estructure para facilitar formas complejas de intercambio (parcialmente formal pero también parcialmente informal) y otras formas de resolver problemas mediante la formación de coaliciones” (1993: 68).

En sentido contrario, teniendo en cuenta que aunque los intereses sean tan variados en el caso colombiano como en cualquier otra estructura social de tal complejidad, es evidente que los intereses de la mayoría coinciden en torno a la insuficiencia del sistema de salud para la satisfacción efectiva del derecho, pero no se

materializan en medidas que los concreten, y entonces el problema de la baja probabilidad de que esa mayoría triunfe (desafiando la hipótesis de North) tiene que radicar en un inmenso problema de representación política, en un agigantado problema de agencia y en un fenómeno de falta de legitimidad del poder público que no resulta tan asombroso como el hecho mismo de que no sea todavía mayor.

II. La Corte como sujeto activo de la política pública en salud: ¿más fallas en la regulación?

El campo que comprende las políticas públicas, como objeto de estudio, no puede creerse se agota en la implementación de ciertas decisiones que teóricamente han de estar dirigidas a la solución de problemas de suficiente relevancia social o, por lo menos, al mantenimiento de los mismos en niveles tolerables. Así entendidas las políticas públicas, su estudio no podría dar cuenta del proceso mismo de su configuración porque, en principio no serían siquiera procesos, y las dinámicas interiores serían desconocidas, los intereses descartados y los actores invisibilizados.

Lamentablemente, en nuestro medio parece que muchos de los actores que están llamados a hacer políticas públicas no han podido desprenderse de la limitada noción que el concepto encerraba en sus iniciales acepciones. Actores determinantes de la política nacional –en todos sus niveles- viven aún en el tiempo en el que “se suponía que las políticas públicas no eran más que el resultado, el producto, la consecuencia de los gobernantes o de quienes estaban representados en el sistema mediante los partidos políticos” (Roth, 2004:13-14).

Lo que se pretende en este ensayo no es dar cuenta de un examen exhaustivo de definiciones de políticas públicas, pero sí proponer líneas generales que señalen puntos de quiebre que permitan diferenciaciones entre grupos muy amplios de ellas, para arribar a una definición de políticas públicas desde el denominado enfoque de redes que

se considera apropiado para el estudio de la sentencia T-760 en general, y en particular para las referencias acerca de la intervención de la Corte al fijar el asunto de salud en la agenda pública y configurar la política.

En un rastreo muy general, es posible ver que un significativo grupo de definiciones pone el acento en la palabra “acción”. Con ello, eventualmente se amplía el espectro de posibilidades de acercamiento al estudio de las políticas públicas, por lo menos si se entiende que la “acción” no se inicia con la elección de una particular medida ni se agota en la misma, y ella no es más que uno de los muchos elementos que hacen parte de aquella.¹²

Este grupo de definiciones supone una ampliación respecto de las que tienen todo su apoyo en la decisión. Sin embargo, no por el hecho de insistir en la acción son suficientes y se quedan cortas, al dejar por fuera la posibilidad de inclusión en el estudio de muchos otros aspectos importantes en cuanto al proceso mismo y los actores que en él intervienen, por mencionar solo algunos.

Muller y Surel, motivados quizás por preocupaciones como las que aquí se señalan, aportan una definición que permite incluir muchos otros elementos obviados en las de aquel primer grupo, y consideran que una política pública “designa el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político-administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetivos explícitos” (Roth, 2004:26).¹³

¹² Como parte de este primer grupo que pone el acento en la “acción” –todos citados por Roth (2004: 26)- cabe indicar que para Hecló y Wildavsky “una política pública (policy) es una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivos fuera de ella misma”; Meny y Thoenig la entienden como “la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad”; definición que no difiere en mucho de la propuesta por Dubnick, para quien la política pública “está constituida por las acciones gubernamentales –lo que los gobiernos dicen y lo que hacen con relación a un problema o una controversia (issue)-”.

¹³También Vargas Velásquez parece sensible a las limitaciones explicativas de definiciones como las antes citadas, y entiende que “una política pública es un conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político

El esfuerzo por construir definiciones más completas -necesarias para el estudio de realidades y fenómenos mucho más complejos de lo que se piensa- ha aumentado notablemente y supone académicos de notables calidades en tal labor. Entre otros, Roth considera que

una política pública designa la existencia de un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática” (2004: 27).

A manera de síntesis, se extraen los elementos que Roth entiende permiten identificar la existencia de una política: i) implicación del gobierno, ii) percepción de problemas, iii) definiciones de objetivos y iv) proceso (2004: 27).

Como se ve, el primer elemento que se identifica es la implicación del gobierno. Este es un aspecto y una característica de obligado análisis porque no es exclusivo de la presentación de Roth y, de suyo, denota una tendencia a deslegitimar las políticas públicas que no provengan del ejecutivo¹⁴. Probablemente cause extrañeza que se haga explícito lo que parece ser una obviedad, es decir, que el estudio se ocupe particularmente de volver sobre el punto que establece una relación directa -¿excluyente?- entre políticas públicas y gobierno¹⁵. La dirección propuesta deriva su

frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables” (Roth, 2004:26; Pérez, 2007:77).

¹⁴En las presentaciones teóricas el actor predominante es el ejecutivo o gobierno y, en algunos aspectos y elementos, se entiende que la política pública considera al legislativo. Este tratamiento es claro en la elemental presentación que Roth hace del *ciclo de Jones*, en el afirma que “los actores e instituciones autorizados para tomar la decisión (gobierno, parlamento) examinan las soluciones existentes y deciden la respuesta” (2004: 49).Ocurre entonces que con el reconocimiento y legitimación explícitos del ejecutivo y el legislativo, tiene lugar una exclusión implícita del poder judicial. No se critica esta presentación de manera absoluta y, por lo menos en principio, este ensayo la comparte; ocurre, sin embargo, que como se pretende construir en las secciones siguientes de este ensayo, en ciertos contextos particulares y situaciones precisas tiene lugar una legitimación –aunque subsidiaria- de la Corte Constitucional en materia de políticas públicas.

¹⁵ Es importante recordar que en atención al artículo 115 de la Constitución “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros de despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”.

importancia y pertinencia del ejercicio de los poderes públicos en el contexto colombiano post-constitución del 91, del que se desprenden tres preguntas fundamentales para el estudio de políticas públicas en Colombia: i) ¿es el gobierno –rama ejecutiva del poder público- el único legitimado para hacer políticas públicas?; ii) ¿la Corte Constitucional hace políticas públicas?; iii) ¿son legítimas las intervenciones de la Corte Constitucional cuándo hace políticas públicas?

Cada que la Corte Constitucional profiere los denominados “fallos progresistas” en que ordena gasto público, la discusión se renueva y reaparece. Se dijo ya que las políticas públicas comienzan a ser entendidas de manera más elaborada, de tal forma que “la política pública no es la gran decisión instantánea en la cúspide del estado, sino un proceso, una serie compleja de decisiones, en las que se entremezclan las iniciativas de las organizaciones sociales y de las instancia gubernamentales” (Aguilar, 1996: 8). Por esto, es necesario recurrir a elementos y modelos teóricos que de alguna manera permitan la identificación de características propias de etapas diversas del proceso.

Desde principios de la década de los años setenta del siglo veinte, irrumpen en el ámbito académico de las políticas públicas las nociones del *policy cycle*¹⁶ o *policy process*¹⁷, entendidos como herramientas analíticas que facilitan la modelación, el ordenamiento de información, la capacidad explicativa y el mandato de soluciones a problemas sociales¹⁸, es decir, mejoran el estudio y el análisis de políticas públicas,

¹⁶ En 1970 Jones propone como herramienta una desagregación de la política pública en 5 etapas. Como lo recoge Roth (2004: 49), las fases del ciclo de Jones son: “identificación de un problema, formulación de soluciones, toma de decisión, implementación y evaluación”.

¹⁷ En términos de Aguilar, “[f]ue el mismo Harold D. Laswell (1971) quien habló de un ‘modelo del proceso de decisión’ y lo entendió como una ‘secuencia de siete fases’: inteligencia, promoción, prescripción, invocación, aplicación, terminación, evaluación” (1996: 15-16). Roth afirma que el modelo secuencial fue inicialmente sugerido por Lasswell en 1956 y luego desarrollado por Jones catorce años más tarde (2007: 38).

¹⁸ Para una sencilla diferenciación entre situaciones problemáticas y problemas resulta esclarecedora la presentación de Aguilar que por las primeras entiende “hechos vividos u observados por el sujeto y que al ser referidos a su cuadro valorativo arrojan conclusiones negativas de reprobación y malestar. Se trata de discrepancias entre las condiciones vividas u observadas y las deseadas, entre lo que efectivamente ocurre y lo que se desea ocurriera, entre el ser y el deber ser”; y en relación con los segundos sostiene que “los problemas tienen, en

mediante una presentación teórica que divide el proceso de la política pública en fases secuenciales.¹⁹

La utilidad del modelo secuencial radica en la facilidad que aporta al análisis de las políticas públicas en sus diversos momentos. No es, sin embargo, un modelo exento de problemas,²⁰ que adicionalmente son agravados por la implementación mecánica que de sus aportes han hecho quienes hacen políticas públicas. De cualquier manera, es importante señalar que por más diferencia que haya en las etapas del ciclo, el nombre que a cada una se le da y en el número de las mismas, los autores coinciden en entender que los primeros trayectos de la política están conformados por la formación de la agenda pública y la definición del problema.

Muy preciso en la presentación teórica y formal de las políticas públicas, el enfoque secuencial, tradicional, lineal o, en definitiva, el *policy cycle*, no logra dar cuenta de nuevos actores que participan en la elaboración de las políticas públicas en un contexto social cada vez más interconectado, con problemas de información significativos y muchas veces insalvables, y dinámicas muy complejas entre los diversos actores. El modelo, por otra parte, ha resultado esclarecedor y el progreso del conocimiento en el particular ámbito de estudio de las políticas se desarrolló de manera más que significativa.

Quizás sea esto último –los aportes del modelo– lo que generó la insistencia de aplicar una herramienta una vez idónea a realidades ya muy diversas. El producto, probablemente no deseado de tal insistencia fue, entre muchos otros, la aparición de

cambio, una naturaleza cognoscitiva más que vital o valorativa, son construcciones lógicas, que articulan, ordenan, los datos y elementos que la tensión entre la factualidad y el deseo liberó y los reúnen en una definición” (1996: 58-59).

¹⁹ Es necesario anotar que adicional a las presentaciones de Jones y Lasswell se han propuesto muchas otras – Aguilar menciona a Peter DeLeon y Garry D. Brewer, May y Wildavsky, Hogwood y Gunn, y Anderson– y cada una difiere no sólo en la denominación de las etapas o fases sino también en el número de las mismas.

²⁰ Para un desarrollo elemental pero suficiente de las críticas más importantes al *policy cycle* ver Roth (2004: 51-55).

análisis fragmentados que se concentraron en cada una de las diversas etapas y acentuaron la deficiencia explicativa del modelo en supuestos de relaciones sistémicas que, solo en apariencia, resultan comprensibles bajo esquemas de relaciones causales lineales. Como lo expresa Aguilar (1996: 19):

El dispositivo analítico del proceso segmentó el proceso y ocasionó tratamientos aislados y unidimensionales de decisiones singulares sueltas, contra su intención original de entender la política como un curso de acción integrado por decisiones independientes y complementarias. Es así que los politólogos han preferido estudiar la formación de la agenda de gobierno, los administradores públicos la implementación y los economistas se han dedicado enteramente a la construcción y selección de las opciones de política... Esta predilección por una fase o momento particular se explica en mucho por el objeto e instrumental teórico de cada una de las disciplinas.

Por ser un enfoque que, entre otras cosas, privilegia una visión *top-down* y no da clara y suficiente cuenta de la relación que entre las diversas etapas se establece, este enfoque encuentra en el denominado enfoque de redes una revisión.

El enfoque de redes de políticas surge entonces con la pretensión de generar un esquema en el que se incluyen nuevos actores que tradicionalmente no se entendía hicieran parte del proceso de políticas públicas y las maneras no verticales en las que los mismos se relacionan, en un contexto en que los actores no parecen contar con toda la información necesaria y en el que, por la naturaleza sistémica –no secuencial- del proceso, no son claramente diferenciables las fases en que el enfoque tradicional lo divide. En palabras de Gabriel Jaime Vélez (2007: 124), las redes de políticas públicas se podrían redefinir como

[r]elaciones de intercambio e interacción, con tendencia a la participación como mecanismo de toma de decisiones, que se establecen en contextos de interdependencia entre organizaciones y sujetos gubernamentales con otros no gubernamentales, en el marco de instituciones políticas, sociales y

jurídicas que las rigen, para la toma de decisiones de carácter público, su ejecución y evaluación.

Se genera una tendencia que de alguna manera es más compatible con la democracia, por lo menos si por ella se entiende algo más que la mera posibilidad de elegir y ser elegido, y se entiende que no basta con la legitimidad formal que los órganos de elección derivan de su origen, sino también con los contenidos materiales de las decisiones que condicionan su carácter democrático en un Estado Social de Derecho como el constitucionalmente consagrado en la Carta Política de 1991.

Las políticas públicas son entonces procesos de comunicación y mediación entre los órganos del poder público y la sociedad,²¹ que está condicionado por un marco referencial que denota “el conjunto de normas -formales e informales, agregamos nosotros-, de imágenes y expectativas que limitan o posibilitan el funcionamiento del sistema político y del régimen político en la solución de los problemas sociales” (Cuervo, 2007: 78). En Colombia, por el modelo de Estado pretendido por la Constitución, el marco referencial está conformado, entre otros, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²² en general y, para el particular objetivo de este escrito y en materia de salud, por la sentencia T-760 de 2008.

²¹ Desde una perspectiva neo-institucional, es atinada y muy interesante la reflexión que ofrece el profesor Adolfo Eslava, para quien las políticas públicas son instituciones que se imponen para abordar los temas de la agenda pública y son un instrumento (junto con el control social) que funge como eje articulador entre los actores, es decir, la ciudadanía y la función pública. Así “[l]os actores se inscriben en la lógica agente principal descrita en el primer apartado en donde, con el ánimo de simplificar, se asocia el principal con el concepto amplio de ciudadanía en donde convergen todas las expresiones de la sociedad civil, en tanto que el agente corresponde a la función pública, entendida como los gobernantes y funcionarios que tienen a cargo la implementación de las directrices impartidas por el principal. Los instrumentos, por su parte, aluden a dos herramientas determinantes para la interrelación fluida entre agente y principal: las políticas públicas y el control social, ambas discutidas en las secciones anteriores” (2008: 11).

²² Cuervo sostiene que “el marco referencial para el caso colombiano, se deriva de la Constitución, de los tratados internacionales suscritos por el Estado, de las leyes estatutarias, orgánicas y ordinarias, de los decretos reglamentarios, del Plan de Desarrollo vigente, de los documentos CONPES, de las directrices presidenciales, de las disposiciones regulatorias de los organismos reguladores, de *la jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial, de la Corte Constitucional en materia de fallos de constitucionalidad o de protección de derechos fundamentales*” (2008: 79) (itálicas mías).

Se entenderá entonces, de manera estipulativa, que el estudio se realizará desde la perspectiva del enfoque de redes de políticas y el mismo se concentrará en los momentos iniciales de la política pública, es decir, en la formación de la agenda y la definición de los problemas.²³

Por más avanzadas que puedan ser consideradas ciertas formas de organización social, todas ellas, sin excepción, enfrentan situaciones problemáticas. Las mismas son ordenadas y articuladas de forma tal que se presentan a la manera de una construcción lógica en términos de una definición, y del conjunto de muchas de estas ordenaciones se puede afirmar que se compone la agenda sistémica²⁴ entendida como “el conjunto de problemas que toda sociedad tiene, pero que aún no han sido ni seleccionados ni priorizados” (Cuervo, 2007: 152).

Cómo se determina la prioridad de los problemas en sistemas democráticos depende, en principio –o así se supondría ingenuamente-, de demandas sociales soportadas en consensos sociales amplios. Se sigue de ello, o habría de seguirse, que el papel predominante y dotado de mayor legitimidad en materia de políticas públicas está en cabeza de los órganos de elección popular; en un momento del legislativo que tramita esos consensos y, posteriormente, del ejecutivo que lleva a cabo las acciones necesarias para la satisfacción de esas demandas y que tradicionalmente es señalado para hacer políticas públicas. La situación que se verifica con el análisis de los casos que se agrupan para dar origen a la sentencia T-760, sugiere que los órganos de elección

²³ Sobra aclarar que no se desconocen los problemas que al enfoque secuencial se han propuesto y que el de redes es, en parte, una respuesta al primero. Sin embargo, no se considera que se incurra en una inconsistencia metodológica o argumentativa al proponer el análisis de la sentencia como aquí se indica, pues con la referencia al *policy cycle* lo único que se quiere indicar es el momento en el que las consideraciones se que harán están comprendidas; se asume, como ya se anotó, que el enfoque que se considera más apropiado es el de redes de políticas públicas y el secuencial no es más que indicativo de un momento del proceso. Con esta aclaración se supera la aparente inconsistencia inicial.

²⁴ Para Aguilar la agenda sistémica es sinónimo de la agenda pública o constitucional y entiende por tal la que “*está integrada por todas las cuestiones que los miembros de una comunidad política perciben comúnmente como merecedoras de la atención pública y como asuntos que caen dentro de la jurisdicción legítima de la autoridad gubernamental existente*” (1996: 31-32).

popular no han sido lo suficientemente diligentes y prestos a resolver los problemas fundamentales del sistema, aún cuando su mayor legitimidad histórico política y las funciones constitucionalmente atribuidas así lo mandan.

Si el sistema democrático colombiano fuese más respetuoso de los mandatos constitucionales y del Estado Social, no causaría extrañeza que se afirme que

[c]uando más amplio sea el público al que se ha expandido una cuestión, mayor será la probabilidad de que presione efectivamente el gobierno y se coloque en la agenda formal²⁵. En efecto, si la cuestión ha logrado difundirse entre los ciudadanos de la comunidad política local o nacional, cuenta entonces con toda la fuerza para levantar una presión masiva sobre el gobierno y exigir se le preste atención y se analice la manera de atenderla (Aguilar, 1996: 36).

Sin embargo, la presentación de Aguilar parece dar cuenta de un estado de cosas hipotético y deseable, y su valor no radica en el poder explicativo y descriptivo de la situación colombiana, que encuentra en el sistema de salud ejemplo suficiente de un asunto ampliamente difundido que sólo hasta la intervención de la Corte Constitucional ingresa a la agenda formal.

El estudio de la formación de la agenda en salud es importante no sólo por lo indicativo que es del respeto de los valores y mandatos constitucionales²⁶ -que se verán incluidos o excluidos de la agenda y en tal medida el sistema será más o menos respetuoso del marco referencial-, sino porque adicionalmente permite establecer “quiénes son los que efectivamente definen y justifican los problemas públicos, cuáles

²⁵ Por agenda formal, para Aguilar sinónimo de institucional o gubernamental, se entiende “*el conjunto de asuntos explícitamente aceptados para consideración seria y activa por parte de los encargados de tomar decisiones. Por lo tanto, cualquier conjunto de asuntos aceptados por cualquier organismo gubernamental en el nivel local, estatal o nacional constituirá una agenda institucional*” (1996: 32).

²⁶ La salud está consagrada expresamente como derecho en el artículo 49 de la Constitución, con importantes concordancias con los artículos 50, 54, 64 y 95, y como objetivo fundamental del Estado la solución de las necesidades insatisfechas de salud según lo dispuesto en el artículo 366 superior.

grupos y organizaciones tiene efectivamente la fuerza de transubstanciar cuestiones sociales en públicas y en prioridades de gobierno” (Aguilar, 1996: 27).

El número de tutelas interpuestas para proteger el derecho a la salud, y la participación porcentual de estas en el número total de las mismas, sugiere que la situación de salud en Colombia es problemática.²⁷ El inconveniente está, no en el hecho de que la demanda por un mejor sistema de salud no refleje un consenso social amplio, sino en que los actores que demandan salud del Estado no parecen ser lo suficientemente fuertes como para lograr inscribir el problema en la agenda. En este sentido, parece que en Colombia no es del todo cierta la postura de Downs, y los gobiernos no logran sus metas adoptando los programas que más agradan a la gente²⁸, y si bien esos intereses “de la gente” son atentamente escuchados en los momentos de procesos electorales, los mismos se desvanecen en el juego político parlamentario y en las decisiones del ejecutivo en las que estas mayorías no tienen el control suficiente para exigir los programas que “compraron” y, en definitiva, sus prioridades salen de la negociación.

No resulta entonces absurdo pensar que la falta de compromiso de los gobiernos en materia de salud se deba a que los actores poderosos satisfacen sus demandas de salud en el mercado mediante los mecanismos que el mismo ofrece, y así el problema de salud nunca lo es en realidad y estaría condenado –mientras subsistan las mismas condiciones- a ser una situación problemática sin trámite vía políticas públicas.

²⁷ En el año 1999 el número de tutelas fue 21.301 con una participación del 24.7 % en el total de tutelas interpuestas, y pasó a 81.017 con una representación del 36.1% en el 2005, según el Informe de la Defensoría del Pueblo –citado en la sentencia T-760- *La Tutela y el Derecho a la Salud: Periodo 2003-2005*.

²⁸ Para una anotación más fiel habría que agregarse “...así como los empresarios obtienen ganancias produciendo las cosas que la gente desea”. Esta anotación no es producto de la consulta directa de Downs sino de la referencia que Majone propone (1997: 116).

Cuando el Estado Liberal Clásico fue cuestionado por las condiciones sociales y la desigualdad material que produjo, el debate por la justificación de la asignación de recursos estuvo siempre en escena. Lamentablemente, el debate para muchos ha desaparecido y posterior al Consenso de Washington el asunto no parece prioritario.²⁹ La atención está puesta en que los gobiernos garanticen las condiciones formales para el correcto proceso democrático y se entiende que la preocupación por la asignación de bienes es asunto del mercado. Si así fuera, el problema de salud debe ser definido en términos de bienes -¿mercancías?- y la respuesta ha de encontrarse en políticas públicas que verifiquen el correcto funcionamiento de ese particular mercado de salud, es decir, que haya suficientes prestadores de los servicios en salud en competencia, que la información sea completa y que los agentes actúen racionalmente, entre otros. En principio, no parece muy clara la relación entre la fijación del problema en la agenda y su definición, pero “analíticamente, las dos etapas son interdependientes. Colocar una cuestión en la agenda significa implícita o explícitamente ir dando forma a una definición del problema aceptable para el público y, sobre todo, tratable para el gobierno” (Aguilar, 1996: 51).

La importancia de la intervención que tiene lugar con la sentencia T-760 no radica únicamente en los ajustes que ordena para superar las fallas en la regulación o en la justificación que desde elementos de la nueva economía institucional se señalaron en la primera sección de este escrito. Es importante también ver cómo la lectura que hace la Corte Constitucional de la problemática situación producto del sistema de seguridad

²⁹ De cualquier forma, y quizás precisamente por constituir una voz que se pronuncia en contra de lo que parecen ser las verdades reveladas –y por tanto, incuestionables- del neoliberalismo, son de obligada referencia las obras y los aportes de Amartya Sen. Como lo sintetiza Pérez, “el profesor Sen plantea una crítica a los modelos utilitaristas por concentrar la valoración del bienestar en el consumo de bienes y servicios, dejando de lado las capacidades y realizaciones que las personas pueden alcanzar con el consumo de los mismos... Para Sen, la única información importante no es el consumo de bienes y servicios y el cálculo del ingreso necesario para alcanzar sendas de consumo óptimas. Importan además la distribución de tales bienes y servicios y las capacidades de las personas para convertirlos en las realizaciones que, de manera libre, consideran valiosas” (2007: 136).

social en salud en Colombia, se traduce en un problema que se expresa y define en términos de derechos. Las fallas en la regulación, barreras de acceso, los problemas de información, los incentivos negativos y la ausencia de resultados significativos en materia de progresividad pueden ser meros aspectos que utilizaría un auditor para la evaluación del sistema de seguridad social en salud; pero para la Corte son los elementos en que se sustenta el análisis del sistema actual y hace que el mismo se erija, en muchos aspectos, como un sistema que no garantiza el goce efectivo del derecho a la salud. Y ocurre que si el problema es leído y propuesto en clave de derechos, las soluciones –e incluso los indicadores para la evaluación³⁰- que al mismo se propongan estarán determinadas por el impacto que sobre el goce efectivo de derechos pueda tener.

La atención al problema del sistema de seguridad social en salud como desconocedor del goce efectivo del derecho a la salud se aplazó suficiente, y a los ojos de la Corte no bastó esgrimir argumentos exclusivamente financieros para continuar desconociendo tal realidad. Es cierto que no siempre es posible alcanzar la situación óptima, de hecho, lo raro sería que ello tuviera lugar. Como no parece probable llegar a la situación ideal, el debate se traslada a las soluciones sub óptimas y “entonces la factibilidad antes que el óptimo, debe ser la preocupación principal de los analistas de políticas, y éstos deberían estar tan preocupados por las restricciones políticas e institucionales como por las limitaciones técnicas y económicas” (Majone, 1997: 117).

Por el sentido de lo expresado hasta este punto, es posible intuir que con esta afirmación de Majone no se pretende legitimar la pasividad de los gobiernos colombianos en relación con el sistema de salud. Por el contrario, la intención es

³⁰ Para evaluación y creación de indicadores en clave de derechos es pertinente remitirse a la lectura de Pérez en el escrito que constituye el capítulo 3 de *Los Derechos Sociales en Serio* (2007: 131-177).

reprochar la misma por constituir una forma de hacer políticas públicas³¹ que desconoce derechos constitucionalmente consagrados³² y no considera las restricciones que limitan el conjunto de alternativas disponibles³³.

Como modelo de Estado, el Estado Social de Derecho no se limita a contemplar las garantías liberales tradicionales que suponen un papel abstencionista del Estado como contrapartida. Esta particular forma de organización estatal se muestra especialmente preocupada por la consagración constitucional de valores materiales, si se quiere, y no predominantemente procedimentales limitados a la protección de libertades individuales y los procedimientos que garanticen la participación democrática formal. Sin desconocer que el denominado activismo judicial puede generar –y de hecho lo hace en muchas ocasiones- problemas en el proceso de políticas públicas, es necesario resaltar que “[l]a intervención del poder judicial en el proceso de formación de políticas públicas es uno de los rasgos característicos del Estado social de derecho en la protección de derechos fundamentales” (Cuervo, 2007: 160).

No se pretende desconocer que en principio los llamados para hacer políticas públicas en el marco constitucional colombiano son los poderes legislativo y ejecutivo. En atención a que la fuente de su legitimidad es producto de un proceso electoral en que se señala a los representantes por sus particulares calidades y programas de gobierno, se supone entonces que son ellos los que logran identificar las demandas de los electores en el diálogo propio del proceso electoral. Así las cosas, el papel del poder judicial en

³¹ Citados por Aguilar (1996: 28), según Bachrach, P. y Baratz, MS “los gobiernos a veces fallan involuntariamente en actuar, dejando de lado asuntos importantes y perdiendo oportunidades preciosas de intervención necesaria, con los costos de oportunidades resultantes. Pero además de esta inacción involuntaria, los gobiernos deciden deliberadamente no actuar, no intervenir. Y una política puede ser la de no actuar, la de dejar hacer y dejar pasar. Esta inacción involuntaria tiene entre sus varios efectos redefinir el ámbito gubernamental, modificando las expectativas sociales respecto del gobierno”.

³² Como Aguilar sostiene, sin titubeos ni matizaciones, “[a]lgunos problemas caen dentro del perímetro de las obligaciones constitucionales del estado y exigen sólo el cumplimiento cabal de las responsabilidades estatales” (1996: 23).

³³ Para Majone “todas las restricciones, ya sean objetivas o autoimpuestas, naturales o artificiales, limitan nuestra libertad de elección al eliminar la posibilidad de ciertos planes” (1997: 133).

materia de políticas públicas, especialmente el de la Corte Constitucional, ha de ser entendido como secundario en estas lides. Claro está que en defensa de los derechos de los ciudadanos y en ejercicio del control de las demás ramas del poder, por más subsidiaria que se considere, la Corte interviene cuando los llamados a formar la agenda pública, involuntaria o deliberadamente, no fijan un asunto que por su naturaleza y por la importancia que reviste para el modelo constitucional no debe ser excluido. Indicando cómo ingresa un problema en la agenda pública, es posible identificar varios modelos, y el que se denomina modelo de agencia judicial, está expresado por Cuervo (2007: 161) en términos similares a los indicados en este escrito a propósito del papel de la Corte en relación con la agenda, como sigue:

Lo ideal en términos de políticas públicas es que el estado en sus instancias administrativas y legislativas, tome las medidas necesarias para atender las demandas ciudadanas, pero ante las deficiencias del sistema, el poder judicial tiene una función de corrección orientada a proteger posibles violaciones de derechos fundamentales... Pero también el poder judicial tiene otras funciones en el proceso de formación de políticas públicas, por medio del control de constitucionalidad de los tribunales constitucionales y, en general, como contrapeso a las acciones de los gobiernos y los legislativos.

III. Legitimidad democrática material, no formal

Intervenciones de la Corte Constitucional como la aquí mencionada requieren una justificación y una presentación que procure dar cuenta de su legitimidad. La construcción de aquella supone referencias al modelo de Estado constitucionalmente consagrado y a las implicaciones que de ello se siguen para la determinación de la naturaleza de la actividad del tribunal constitucional colombiano.

Desde la introducción se advirtió que en las referencias y en la construcción del diálogo que se pretende establecer entre el derecho y la economía, el discurso no se ocuparía de los efectos económicos que pueda tener el fallo de la Corte en la T-760 de

2008. No por ello se elimina el área de debate que tiene lugar entre economistas y abogados en torno a decisiones progresistas de este tipo de la Corte Constitucional. Lo que sí se logra es que el análisis se ocupe de la legitimidad y justificación de las intervenciones judiciales de este tipo. De hecho, uno de los argumentos más fuertes y en relación con el cual los discursos que desde la economía se proponen son más insistentes, es precisamente el de la falta de legitimidad del poder judicial para la toma de decisiones en materia de políticas públicas o que de otra forma supongan gasto público.

Con fundamento en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano, y prestando especial atención al fundamento y legitimidad formal que le viene dada a los órganos de elección, se entiende que en primer lugar son éstos los que están llamados a tramitar, por ejemplo en un espacio de deliberación como el que generan los congresos, las demandas sociales de forma que sea a través de esos órganos elegidos popularmente que se tomen medidas que reflejen consensos sociales amplios en los que se identifique el patrimonio colectivo.

En principio, y desde un examen estrictamente teórico, la argumentación general no parece tener mayores problemas. Ocurre, no obstante, que la presentación supone una sociedad democráticamente muy madura en que, en la relación de agencia que tiene lugar entre la ciudadanía electora y los representantes elegidos, se cuente con los mecanismos de control social suficientes o con los incentivos idóneos para hacer coincidir los intereses del principal (ciudadanía) con los del agente (ramas del poder).³⁴

³⁴ Consciente de este asunto, Eslava entiende que “en términos de políticas públicas, desde la teoría del agente principal puede plantearse que el agente está obligado a atender la petición de cuentas del principal sobre el uso de los recursos que le ha delegado, el agente también debe rendir cuentas de sus acciones y decisiones, debe justificarlas y debe estar sujeto a la acción sanción por parte del principal” (2008: 6). Lo que no deja de preocupar es que en contextos políticos como el colombiano, la relación de agencia no es más que un evidente problema de agencia, y de ello se siguen dos consideraciones necesarias: primero, el principal –ciudadanía desarticulada- no está organizado alrededor de unos intereses comunes u objetivos compartidos; y segundo, el principal, por su naturaleza

Por mencionar sólo algunas de las presentaciones a que se hace referencia, se ve cómo para Kalmanovitz

[p]or lo general, los países democráticos no permiten que sus cortes decidan sobre asignaciones de gasto público porque esa es función de los poderes elegidos. Si se va a tomar una decisión sobre gasto público, ésta debe ser tomada en el recinto donde todos los intereses afectados puedan pronunciarse y no hay otro en una democracia que el Congreso (2001: 142).

O, en términos de Weisner, lo que se debe hacer es

partir del supuesto que el Ejecutivo y el Congreso pueden identificar y defender el patrimonio colectivo... si en efecto así se protegió o no el patrimonio colectivo va a determinarse a través de un complejo proceso de evaluación técnica, política e histórica. En todo esto hay una inteligente separación de poderes y responsabilidades (2004: 27).

La conclusión de Clavijo, aunque es importante señalar que se hace en el contexto de un análisis que estudia decisiones en estricto sentido económicas (y no indirectamente vía ordenación implícita de gasto, como es el caso de la T-760), es que

No sólo por el respeto a la separación de poderes, sino porque es lo que le conviene al crecimiento de largo plazo del país, en Colombia deberíamos asegurarnos que los arreglos institucionales nos conduzcan a que las discrepancias en materia económica se diriman, por excelencia en el Congreso de la República (2001: xiii).

Por último, y para no extender en demasía las referencias con sentido semejante, se quisiera anotar que para Pérez el problema de la fuente formal de legitimación reviste un problema en atención a que

el papel del poder judicial y en especial del juez constitucional puede asemejarse al de las ramas legislativa y ejecutiva, si bien el primero no tiene

—son órganos en que los individuos pueden establecer relaciones más fácilmente para el logro de objetivos tales como concesiones en unos asuntos a cambio de apoyo en otros— tiene mucha mayor capacidad de organización para hacer coincidir intereses individuales que una ciudadanía que, como conjunto, es posible agrupar no más que por su función en el proceso electoral.

la combinación de simetría de incentivos (esencialmente, el tener que encontrar fuentes de financiación para los bienes públicos que decide proveer) que enfrentan éstas últimas (2007: 809).

La aparición del estado constitucional, y la revisión que hace del Estado legislativo, determinan un nuevo marco no sólo para el ejercicio de los poderes públicos sino también para las construcciones teóricas y los análisis de situaciones particulares en sociedades organizadas bajo sus premisas.³⁵ Bien podrá atacarse la conveniencia de los límites que se imponen al ejercicio del poder, pero la trascendencia de tales presentaciones no será más que teóricamente aceptada o reprobada, y el debate mismo no tiene lugar en la discusión jurídico constitucional colombiana.

En sentido similar, es posible el teórico replanteamiento del particular modelo de Estado que se consagró en la carta Política de 1991, pero hasta cuando optemos por modificarlo y establecer uno diverso, renegar de los valores que busca realizar el Estado Social de Derecho y hacer de tales reproches argumentos suficientes y contundentes para el examen de decisiones de las ramas del poder público, simplemente no puede ser constitucionalmente admisible.

La Constitución de 1991 no se limita al establecimiento de un sistema abierto en el que los contenidos sustanciales no están determinados y se entienda que ello es función de los órganos políticos, que retomando los postulados del liberalismo clásico -tanto económico como político- son los encargados de definirlos atendiendo a los procedimientos constitucionalmente consagrados para ello. La naturaleza de una constitución neutra en lo que al contenido axiológico se refiere, en abstracto, no tiene ningún problema, es una decisión política que tomará cada organización social. Lo que

³⁵ Como señala la profesora Gloria Lopera, “el estado constitucional de derecho se nutre de una idea de soberanía limitada, que a su vez se traduce en un entendimiento de la democracia compatible con la búsqueda de límites al poder de las mayorías. Esta concepción parte de reconocer la existencia y protección de las minorías como condición de posibilidad de la democracia y de considerar los derechos fundamentales como un ‘coto vedado’ que modera el alcance de la regla de mayorías, a fin de salvaguardar los presupuestos que hacen de ella un mecanismo de decisión colectiva especialmente valioso” (2004: 3.1.2).

ocurre es que, por más que a muchos les parezca reprochable, el análisis de John Hart Ely no puede trasplantarse al ámbito colombiano porque en nuestro medio no es admisible sostener que “[l]a Constitución... no intenta establecer alguna ideología dominante... sino más bien asegurar una estructura durable para la resolución continua de los conflictos políticos” (Ely, 1997: 115).

No se puede perder de vista, como lo señala Lopera, que “tras el final de la Segunda Guerra tiene lugar la convergencia entre las formas propias del estado constitucional y los contenidos del estado social” (2004: 3.2). Así, en múltiples procesos de creación constitucional de la segunda pos guerra, se generan instrumentos constitucionales que determinan un marco en el que es correcto sostener, para nuestro caso, que “la Constitución colombiana es i) vinculante como norma jurídica, en cuanto establece límites legales a la acción de los poderes públicos, y ii) valorativa porque consagra principios y valores específicos” (Uprimny, Rodríguez, 2007: 27). Con estas características, el control de constitucionalidad se hace más fuerte y en consecuencia el papel del juez constitucional se robustece. El Estado no se preocupa sólo por asegurar y defender una visión limitada de democracia en la que los derechos fundamentales se circunscriben a aquellos necesarios para el ejercicio democrático desde una perspectiva de libertad negativa, que se erige como carta para limitar el poder del régimen político, sino que se preocupa, además, por generar condiciones en las cuales las necesidades básicas de la población estén resueltas, de manera que se cuente con las garantías materiales que hagan del derecho a la participación en el proceso democrático una realidad. Como recoge Uprimny a Dworkin,

Los derechos constitucionales son, en el sentido riguroso del término, cartas contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene el derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere

que la realización de X disminuye su bienestar. Por lo tanto, es lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional (2006: 178).

Aunque Sen hace la afirmación en relación con el Estado de bienestar, bien podría ampliarse para referirse al Estado social de derecho y entender que “[l]a naturaleza del Estado de bienestar (léase para propósito de este escrito Estado Social) consiste en ofrecer algún tipo de protección a las personas que sin la ayuda del Estado puede que no sean capaces de tener una vida mínimamente aceptable según los criterios de la sociedad moderna, sobre todo de la Europa moderna” (1999: 1).

Las garantías o libertades negativas del pensamiento liberal clásico no dan plena cuenta de las condiciones necesarias para la participación democrática y suponen que la participación en los procesos políticos está garantizada en términos de igualdad porque se cuenta con los mismos derechos considerados en abstracto. Tal afirmación supone, además de creer que la garantía de hipotética participación igual en los procesos electorales es suficiente, que la asignación inicial de recursos está plenamente justificada y su incidencia en la participación no es fundamental.³⁶ Se ve mucho más elemental con la presentación que de la idea hace Cepeda al recurrir a una analogía muy elemental. Sostiene el ex magistrado de la Corte Constitucional que

[a] la igualdad ante la ley sí le importa, usando la analogía de una carrera de atletismo, que todos los individuos puedan participar en la competencia, pero no le interesa si todos arrancan a correr desde la misma línea de partida, ni quién gana, ni qué tácticas utiliza a lo largo de la carrera... En cambio, al derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades, sí le preocupan las condiciones y el resultado de la carrera. Una frase de Jorge Eliécer Gaitán, citada en la Asamblea Constituyente al debatir estos temas, resume el cambio de concepciones: ‘El pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley, sino la

³⁶ Dadas las condiciones que en la vida de la gran mayoría de la población mundial se constatan, no es raro que, como sostiene Uprimny en la presentación de *Los derechos sociales en serio* en relación con las posturas liberales radicales, “estas perspectivas no han logrado justificar de manera consistente por qué es ético respetar la actual distribución de recursos y de propiedad”.

igualdad real ante la vida'. Y esta frase, que otrora parecía revolucionaria, sintetiza la idea actual de igualdad" (1993: 22).

En ningún momento se pretende desconocer que las libertades individuales sean importantes y absolutamente imprescindibles en modelos democráticos. Lo que se quiere anotar es que son insuficientes y la consagración de derechos importantes como garantías contra el poder y necesarios para el ejercicio democrático, no dejan de ser más que simples declaraciones retóricas si las personas no cuentan con los medios y los instrumentos materiales para hacerlos efectivos y ejercerlos.³⁷

En principio, son los órganos de elección popular quienes, por su origen y el proceso electoral que se surte para su configuración, se encuentran dotados de mayor legitimidad política. No obstante ello no basta, y la legitimidad formal con que se reviste su función y ejercicio del poder está llamada a ser complementada con una legitimidad material que obliga el análisis del contenido de las decisiones que adoptan. Por esta razón, no es adecuado ni admisible descartar el valor del tribunal constitucional limitando la argumentación al origen no formalmente democrático, porque es también democrático el ejercicio de la Corte Constitucional como “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”³⁸ y desde el punto de vista material, no pocas veces sus decisiones de constitucionalidad y protección de derechos reflejan de manera fiel el talante de la Carta Política y se hace la voz de las poblaciones que no parecen contar con la maquinaria suficiente para que sus demandas no sucumban ante los intereses particulares de aquellos a quienes eligieron.

³⁷ Se comparte la afirmación que se recoge en el pie de página número 48 de la Sentencia T-760 de 2008, que cita un fragmento de la Sentencia T-722 de 2003, en que se afirma que “el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho... le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los contenidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo”.

³⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 241.

El papel de la Corte, por mandato de la Constitución y en protección de los valores que la misma consagra, ha de ser el de corregir fallas que se generan en el ejercicio de los poderes de elección popular. Es decir, es cierto que por su origen el legislativo y el ejecutivo están hipotéticamente en mejores condiciones para tomar decisiones que satisfagan las necesidades de la población, teniendo en cuenta que no lo pueden hacer de cualquier manera, con la utilización de cualquier medio y que, adicionalmente, están restringidos por un marco del que hace parte la Constitución y las prioridades y valores que consagra. Ello no obsta para que la Corte, vía control de constitucionalidad o revisión de tutela procure el respeto de los contenidos y valores mencionados.³⁹ Se entiende que el papel de la Corte en materia de diseño de políticas públicas puede ser leído en clave de subsidiariedad, porque bien podría ocurrir que las actuaciones de los otros dos poderes no desconocieran el marco referencial establecido por la Constitución, y en consecuencia la intervención de la Corte, en un estado de cosas ideal, fuera tan pasivo como muchos quisieran.

En términos de políticas públicas el análisis no ha de variar. Si las políticas públicas fueran lo suficientemente respetuosas de los derechos de la población y fueran pensadas en clave de derechos, lo más probable es que la reclamación judicial no llegara a niveles tan alarmantes como los que se verifican en el tema de salud y ello sugeriría el éxito de la particular política pública implementada para atender la demanda y, de paso, daría cuenta de un satisfactorio modelo de ejercicio político en el que los intereses de los elegidos responden a los de los electores al satisfacer sus derechos.

³⁹Los contenidos y valores constitucionales requieren muchas veces de medidas dirigidas a procurar el goce de derechos vía obligaciones no solo de abstención sino también prestacionales. Lo que resulta interesante es verificar que a propósito de bienes meritorios, incluso en un modelo constitucional como el colombiano, ello no fue siempre claro para la Corte Constitucional. Chinchilla hace referencia a la sentencia SU-111 de 1997, que la confusión y dificultad para determinar el papel del juez en el Estado Social es producto de “una antinomia [que] estriba en la particular interpretación del Estado social vertida en la comentada providencia SU-111 de 1997: la función de distribución equitativa de bienes escasos mediante la aplicación de un esquema de justicia material no le corresponde al juez sino al legislador –expresión de una mayoría gobernante- y detrás de él al administrador público, ya que ellos, a la legitimidad nacida del consenso añaden la responsabilidad política que les cabe ante la opinión, ante el pueblo (no así el juez)”. (1999: 155)

Lamentablemente, el caso de la política pública en salud está abrumadoramente lejos aún de llegar a ese estado de cosas ideal, y el papel de la Corte en la sentencia T-760 de 2008 es el de corregir fallas de entidad tal en la regulación del sector, que generan una situación generalizada en atención a la cual tiene lugar un desconocimiento sistemático del goce efectivo del derecho a la salud.

La subsidiariedad de la intervención de la Corte en materia de políticas públicas es incluso reconocida por ella misma, y es por tanto que ha llegado a sostener que

[e]s pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciben los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social.⁴⁰

En el caso del sistema de seguridad social en salud, lo que se constata es que es con la intervención de la Corte que se avanza en dirección a un punto en el que el goce efectivo del derecho deje de ser una mera consagración constitucional con importancia política pero sin real exigibilidad jurídica. La intervención no pretende desconocer la competencia que originariamente se radica en cabeza del ejecutivo que está llamado a tomar las decisiones pertinentes en materia de políticas públicas, o suplantar el papel del legislativo en su función de tramitar -por medio del debate propio a su naturaleza y conformación- las demandas sociales. Lo que evidencia la intervención de la Corte es que los poderes antes mencionados han faltado a sus funciones y no se han traducido en políticas que impacten de manera lo suficientemente positiva la calidad del sistema de seguridad social en salud, con las implicaciones que ello tiene para la población en general, y la más desfavorecida en particular.

⁴⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

El número de tutelas en las que se solicita la precisa protección del derecho a la salud, y el porcentaje que las mismas representa en el total de reclamaciones vía tutela, refleja un consenso social amplio y sugiere, no que el mismo sea ilusorio o aparente, sino que no encuentra en los procesos electorales ni en los órganos de elección popular los mecanismos adecuados para el trámite que permita la satisfacción de sus necesidades.

La intervención de la Corte en el particular desarrollo que se hace en la Sentencia T-760 de 2008 profiere un fallo que -se reconoce- no deja de ser polémico. Pero de ello no se sigue que el mismo sea irrespetuoso de las competencias constitucionalmente asignadas a las diversas ramas del poder público. Se considera que es más sano y constructivo si se piensa en términos de garantía democrática y respeto a las condiciones materiales que deben ser verificadas en un Estado Social de Derecho como el colombiano. Después de todo, los gobiernos y los congresos de los últimos diez y seis años no resolvieron las fallas de un sistema adoptado en 1993. Como se pudo intuir en la lectura del escrito, implícitamente se sostiene la conveniencia, justificación, legitimidad y necesidad de este tipo de intervenciones en el particular contexto en que se analizó el sistema de salud. Sin embargo, se insiste una vez más en el carácter subsidiario de este tipo de intervenciones de la Corte y por ello se cita nuevamente la providencia:

La corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

Bibliografía

- AGUILAR, Villanueva Luis F. Estudio Introductorio, en Problemas Públicos y agenda de gobierno, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.
- ARANGO, Rodolfo. Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado.
- BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos, en Revista de Economía Institucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- CHINCHILLA, Herrera Tulio Elí. ¿Qué son y Cuáles son los Derechos Fundamentales?, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999.
- CLAVIJO, Sergio. Fallos y Fallas de la Corte Constitucional: El caso de Colombia 1991-2000, Editorial Alfaomega, Bogotá, 2001.
- CUERVO, Jorge Iván. Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental. (Una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana), en Ensayos Sobre Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- _____. La definición del problema y la elaboración de la agenda, en Ensayos Sobre Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- ELY, John Hart. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional, Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997.
- ESLAVA, Adolfo. Políticas públicas y control social. Una aproximación neoinstitucional. Una versión de este trabajo fue presentada en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo de Ciudades (Porto Alegre, Brasil, febrero de 2008) y en el Primer Congreso de Ciencia Política (Bogotá, octubre de 2008).
- KALMANOVITZ, Salomón. Constitución y Modelo Económico, Universidad Nacional e ILSA, 2001.
- LOPERA, Mesa Gloria. La aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados, Universidad EAFIT, Documento 16-032004, ISSN 1692-0694, Medellín, 2004.
- MAJONE, Giandomenico. Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- MÁRQUEZ, Carlos Pablo. Anotaciones Sobre Análisis Económico del Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.
- NORTH, Douglass C. Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- PALACIOS, Mejía Hugo. El Control Constitucional en el Trópico, Biblioteca Digital Universidad ICESI, fecha de publicación 31 de julio de 2006.

- PÉREZ, Luis Eduardo; UPRIMNY, Rodrigo; y RODRÍGUEZ, César. Los derechos Sociales en Serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas, DeJusticia e IDEP, Bogotá, 2007.
- PÉREZ, Salazar Mauricio. Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991, en Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ROTH, André-Noël. Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación, Ediciones Aurora, Bogotá, 2004.
- _____. Enfoques y teorías para el análisis de las políticas públicas, cambio de la acción pública y transformaciones del Estado, en Ensayos Sobre Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- SEN, Amartya. El futuro del Estado de Bienestar, publicado en La Factoría N° 8, febrero de 1999. <http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm>
- UPRIMNY, Rodrigo. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía, en ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006.
- VÉLEZ CUARTAS, Gabriel Jaime. Redes de políticas Públicas: Una mirada estructural a la toma de decisiones estatales, en Ensayos Sobre Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- WEISNER, Eduardo. El Origen del Déficit Fiscal en Colombia: El Contexto Institucional 20 Años Después, Universidad de los Andes, Documento CEDE 2004-20, ISSN 1657-7191, Bogotá, 2004.