



La declaratoria de la emergencia social y el perfil del Gobierno Uribe: algunas reflexiones

Mario Montoya Brand

Abogado y magíster en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Magíster en Filosofía Política y Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Escuela de Derecho, Universidad Eafit.
Correo electrónico: mbrand@eafit.edu.co

Resumen

El presente artículo es una aplicación parcial de los resultados de la tesis doctoral defendida por el autor en el Doctorado en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, a finales del año 2009. Aquí se presentan algunas reflexiones generales respecto del estado de emergencia social –así como de las medidas excepcionales adoptadas durante el mismo– decretado por el Gobierno Nacional mediante decreto legislativo 4975 de diciembre de 2009, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en días recientes. A pesar de referirse a la situación planteada mediante dicho estado de excepción, el análisis que se propone cobra vigencia en el sentido de que asume un modelo analítico que parte de la exposición de las tensiones y los dilemas entre diferentes alternativas presentes en los sistemas políticos contemporáneos al momento de dar tratamiento a muy diversos tipos de problemas propios de las sociedades complejas.

Palabras clave: estado de emergencia social; estados de excepción; Gobierno Uribe; Estado de derecho; tensiones y dilemas en sistemas políticos contemporáneos.

La declaratoria de la emergencia social y el perfil del Gobierno Uribe: algunas reflexiones^{**}

Introducción

El Gobierno Uribe declaró el estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, y en su desarrollo expidió una serie de decretos legislativos¹ y otros decretos ordinarios² que han ido regulando la materia en su

* Agradezco a la profesora de la Universidad Eafit, María Helena Franco, la juiciosa revisión que hizo de una versión previa de este texto. Así mismo, debo reconocer la valiosa colaboración de la estudiante Nataly Montoya Restrepo.

* Es preciso indicar que este texto fue elaborado y presentado a consideración del equipo editorial de la revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*, previo a que la Corte Constitucional declarara la inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009, “*Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social*”, mediante la sentencia C-252 de abril 16 de 2010, así como de las demás medidas adoptadas en razón de dicho estado de excepción. Para consultar esta decisión y aquellas otras correspondientes al control de constitucionalidad de los demás decretos proferidos con ocasión de la emergencia social, pueden verse los comunicados n° 20 y 21 de abril 21 de 2010, y el registro de video de la rueda de prensa en el sitio web <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

¹ Decreto 074 de enero 18 de 2010, “[p]or medio del cual se introducen modificaciones al régimen del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –Fonsat– y se dictan otras disposiciones”; Decreto 126 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”; Decreto 127 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”; Decreto 128 de 21 de enero de 2010, “[p]or el medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”; Decreto 129 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”; Decreto 130 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”; Decreto 131 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del plan obligatorio de salud y se dictan otras disposiciones”; Decreto 132 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” y Decreto 133 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, y se dictan otras disposiciones”.

² Decreto 120 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol; Decreto 358 de 4 de febrero de 2010, “[p]or el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de 21 de enero de 2010” y Decreto 398 de 5 de febrero de 2010, “[p]or medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010”.

conjunto. El Gobierno argumentó que con las medidas contenidas en las mencionadas normas busca salvar de su crisis el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–, mejorar sus condiciones financieras y resolver los problemas de acceso de los usuarios. Según el Gobierno, en términos generales, la situación de crisis se debe a las siguientes causas: el crecimiento abrupto y acelerado entre los años 2007 a 2009 de las demandas del servicio de salud por parte de los usuarios; el incentivo a consumir drogas y tratamientos costosos; los medicamentos con precios alterados; el hecho de que los departamentos y el distrito capital están en déficit; la deuda de más de 37 mil millones de pesos a las Empresas Promotoras de Salud –EPS– y a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud –IPS–; la estructura estatal funciona de manera ineficiente; la capacidad de vigilancia, control y sanción está desbordada; la Corte Constitucional ordenó cumplir con todas las prestaciones en salud definidas por la Constitución, las leyes y la jurisprudencia constitucional.

Las medidas más conocidas decretadas con la emergencia social son: costear las prestaciones excepcionales en salud, es decir, las que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud –POS– con el patrimonio de los pacientes o sus familiares previa verificación de sus capacidades de pago (las cesantías, las pensiones, dineros del grupo familiar y líneas de crédito); crear el Fondo para las Prestaciones Excepcionales en Salud –FONPRES–, con dineros limitados hasta agotarse, que son recaudados a través del impuesto sobre las ventas –IVA– para la cerveza, el cigarrillo y los juegos de azar; el FONPRES será administrado por miembros del Gobierno Nacional o nombrados por este último; el FONPRES empezaría a operar seis meses después de la entrada en vigencia del decreto respectivo; sancionar en ciertos casos a los médicos con prisión o multas; autorizar las aseguradoras para administrar el Seguro Obligatorio para Accidentes de Tránsito –SOAT– también administrarán el Fondo del Seguro de Accidentes de Tránsito –FONSAT–; controlar la evasión y la elusión en el pago de cotizaciones; establecer estándares obligatorios para el médico tratante en materia de tratamientos y medicamentos (en decreto expedido con posterioridad, el médico puede apartarse dando razones de peso); definir que el POS se corresponde con el núcleo esencial del derecho a la salud; determinar que el POS se establecerá también con criterios de participación ciudadana; redefinir la autonomía médica como la capacidad de autorregulación y como sujeción a estándares; determinar que la capacitación de los médicos se efectuará con recursos provenientes de los juegos de azar, licores y multas; ordenar estudios sobre la viabilidad del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– que iniciarán en el año 2011; y por último, ordenar estudios de programas de saneamiento financiero de las entidades del sector.

La declaratoria de emergencia social tiene un conjunto de antecedentes jurídicos mediatos: los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981), diversos artículos

constitucionales, las leyes 100 de 1993, 137 de 1994, 1122 de 2007, diversas líneas de jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional,³ entre otros; y un antecedente jurídico inmediato: se trata de la Sentencia T-760 de agosto de 2008, en la cual la Corte Constitucional determina que existen importantes fallas en la regulación del SGSSS y ordena al Gobierno resolver todos los problemas del sector salud no resueltos hasta ese entonces.

Tomado en su conjunto, este material normativo permite afirmar que en Colombia el SGSSS es fuente de violación sistemática y permanente de numerosos derechos constitucionales, algunos de los cuales son además derechos fundamentales (Constitución Política, artículos 44 y 46), para el caso, el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al acceso a la salud,⁴ el cual es clave si se considera que se trata de un servicio público esencial.⁵ La salud, además, es un derecho irrenunciable y su prestación debe ser progresiva (Constitución Política, artículo 366). Ya desde 1992, la Corte Constitucional ordenó a los diferentes gobiernos, que cumplan con las tareas necesarias para alcanzar las metas de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidas por la Constitución (Constitución Política, artículos 48, 49 y 365). Es necesario advertir también que los recursos aportados al SGSSS son contribuciones parafiscales, es decir, son ingresos tributarios, hacen parte de los ingresos públicos, pero afectan a un determinado grupo social y deben utilizarse únicamente para beneficio del propio sector. Igualmente, conviene señalar que el SGSSS está organizado en dos regímenes: el contributivo, configurado por trabajadores dependientes o independientes que aportan al SGSSS, y el subsidiado, hoy mayoritario, sin empleo, cuyos dineros son provenientes del régimen contributivo y de las entidades territoriales.

³ La jurisprudencia es sumamente extensa y puede encontrarse un mapa de su evolución y contenido en la mencionada Sentencia T-760 de 2008.

⁴ En palabras de la Corte Constitucional: “El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” Cfr. Sentencia T-760 de 2008.

⁵ Cfr. Ley 100 de 1993, artículo 2; Corte Constitucional Sentencias SC 450 de 1995 y SC 663 de 2000.

Las órdenes de la Corte Constitucional relativas al SGSSS han sido sistemática y gravemente incumplidas por los diferentes gobiernos, incluidos los dos períodos del Gobierno Uribe, y el resultado general es el de una porción altísima de la población nacional sin un cubrimiento efectivo en materia de salud, más allá de que estén catalogados en los niveles 1 y 2 del Sisben, y en consecuencia, se encuentren situados en el régimen subsidiado. Simultáneamente, se han venido interponiendo y tramitando miles de acciones de tutela para resolver por vía judicial los casos de muchísimas de las personas desatendidas por el SGSSS.⁶

Por último, conviene señalar que el estado actual de cosas es que los diferentes decretos expedidos por el Gobierno se encuentran sujetos al pronunciamiento del Congreso, que puede derogarlos, adoptarlos como legislación permanente o dejarlos vigentes durante el periodo de la emergencia; simultáneamente, la Corte Constitucional adelanta el juicio de constitucionalidad de los mismos, que puede concluir con la declaratoria de inexecutable o executable total o parcial. Ambas decisiones están pendientes. La pregunta fundamental para el derecho es si el Presidente violó o no violó la Constitución y otras normas jurídicas que configuran el llamado bloque de constitucionalidad, es decir, el parámetro jurídico para juzgar esta declaratoria de estado de excepción. Pero más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas, hay aspectos políticos en la declaratoria de emergencia social que permiten caracterizar ciertos perfiles del Gobierno Uribe.

Propuesta de análisis

Este texto asume que un buen modelo para presentar la situación que se plantea de manera panorámica y profunda, es el de las tensiones o, quizás mejor, el de los dilemas entre diferentes alternativas presentes en los sistemas políticos contemporáneos para dar tratamiento a muy diversos tipos de problemas propios de las sociedades complejas. Así, por ejemplo, un gobierno, una institución en general, la sociedad o una persona, pueden posicionarse frente a una situación determinada tomando en cuenta diferentes alternativas de tratamiento que pueden oscilar entre puntos polarizados tales como el de democracia/autoritarismo, liberalismo/conservadurismo, mercantilismo/derechos humanos, integración/desintegración social, entre muchos otros. Mirada en su conjunto, la respuesta que dé un gobierno a una situación determinada, puede coincidir en extremos que permitan caracterizarla simultáneamente como autoritaria, conservadora, mercantilista, desintegradora, etc., o bien, democrática, liberal, proclive a los derechos, integradora, entre otras. Sobre esta base se procede a desarrollar el modelo de análisis propuesto.

⁶ Por ejemplo, al tomar cifras presentadas por la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional estima que entre 1999 y 2005, las tutelas interpuestas para la protección del derecho a la salud, tienen una participación en el número total de tutelas, que oscila entre el 24.7% en 1999 al 36.1% en 2005.

1. Tensión entre demoliberalismo (Estado de derecho) y autoritarismo (razón de Estado)

Es perfectamente válido entender al constitucionalismo como el conjunto de límites formales y materiales que se establecen sobre el poder político, en particular, sobre el gobierno.⁷ Dentro de los límites formales recogidos por el constitucionalismo suelen encontrarse aquellos que provienen del estado de derecho: gobierno de las leyes y no gobierno de los hombres, separación y equilibrio entre poderes,⁸ legitimidad del poder político en el sentido de su origen popular y legalidad del mismo porque el poder se ajusta en su ejercicio a las formas legales. Los límites materiales más importantes se componen sin duda de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales.⁹ La lógica de los límites, propia del estado de derecho, se expresa en la claridad y precisión de las funciones y atribuciones que corresponden a cada órgano o institución del Estado, así como también en el tipo de actos que emiten¹⁰. Es lo que Kelsen llama estado de derecho en sentido técnico o material, el cual se compone de “[...] ciertas y determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe de Estado al refrendo del ministro responsable, la libertad política y civil de los ciudadanos, la independencia del poder judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, etc.”¹¹

Por el contrario, el autoritarismo, que sin duda puede asumir muy diversas formas –tales como el absolutismo, el totalitarismo o la dictadura– se caracteriza por

⁷ De acuerdo con Carl Friedrich “[e]l absolutismo, en todas sus formas, prevé la concentración del poder; el constitucionalismo, al contrario, el reparto del ejercicio del poder”. Cfr. Friedrich, Carl (1937). *Constitutional government and democracy*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975. En el mismo sentido, Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Santafe de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 139.

⁸ La fórmula de Montesquieu es bien conocida: “Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el Monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente”, o también, “[n]o hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.” p. 146 Cfr. Montesquieu (1748). *Del espíritu de las leyes*. México: Editorial Porrúa, 2001. Libro undécimo: “De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”.

⁹ De ahí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispusiera en su artículo 16: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes no tiene constitución”.

¹⁰ En Kant aparecen diferenciados los tres poderes y los actos en que se concretan: ley, decreto y sentencia. Cfr. Kant, Immanuel (1797). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel filosofía, 1996, 280 pp.

¹¹ Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002. pp. 152-153

rechazar el consenso como base del gobierno y sustituirlo por el principio de mando, normalmente concentrado en una o en pocas personas.¹² Algunos de sus más importantes rasgos están enmarcados en la inclinación por el orden, la disciplina, las jerarquías y el correlativo rechazo del desorden, la igualdad y la libertad.¹³ La diferencia decisiva en lo que respecta al gobernante se halla en el principio de libertad que rige su posición y el de sometimiento de los gobernados, es decir, la perfecta inversión del Estado de derecho, o en otro sentido, de la democracia liberal. Dado que es común que los modelos autoritarios conduzcan a la concentración del poder en pocos o en un solo gobernante, es igualmente frecuente que los modelos de gobierno autoritarios coincidan con formas de gobierno personalistas,¹⁴ es decir, aquellas en las que el binomio dominación/obediencia se centra más en la persona del gobernante (carismática) que en el derecho (dominación legal con administración burocrática) que rige su cargo.¹⁵

Con esta breve introducción es posible demostrar el carácter autoritario de las decisiones de emergencia del Gobierno Uribe, así por ejemplo:

- 1.1 El recurso al estado de excepción en su modalidad de emergencia social, en vez de recurrir a la legislación ordinaria o de la normalidad, es quizá la prueba más contundente del autoritarismo. Ya había advertido Ferrajoli acerca de los riesgos que implicaba el estado de excepción para el estado de derecho hasta el punto casi de demostrar su incompatibilidad total,¹⁶ y en ese sentido existe

¹² Cfr. Stoppino, Mario. *Autoritarismo*. En: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (Coord.) *Diccionario de Política*. Décima edición en español. Madrid: Siglo XXI Editores, 1997. p. 125

¹³ Considera asimismo Kelsen que es perfectamente comprensible que "...precisamente este tipo [de gobierno] sea un fanático de la disciplina rígida y de la obediencia sin límites y que, de hecho, encuentre su mayor placer no sólo en mandar sino en obedecer. La identificación con la autoridad: tal es el secreto de la obediencia." Cfr. Kelsen, Hans. *Forma de Estado y filosofía* (Parte de "Essays in legal and moral philosophy" Ed. Por D. Reidel - 1933). En: *Esencia y valor de la democracia* (1920 primera edición). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México: Colofón, 1992. p. 114

¹⁴ Medellín Torres, Pedro. *La imperceptible erosión del poder presidencial en Colombia*. En: *Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos Universidad de Antioquia, Medellín, no. 26, Enero-Junio, 2005, pp. 126 y ss.

¹⁵ Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. pp. 173-180.

¹⁶ "[Así] se entiende, además, la contrariedad de las tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la "defensa del estado de derecho y la democracia. Formulado así, el principio de la razón de Estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor que en las teorías del estado absoluto o totalitario: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es estado valorado como "democrático", "constitucional" o "de derecho", bien porque el cambio de los medios legales se

una presunción de inconstitucionalidad –es decir, de autoritarismo– en cada declaración del estado de excepción que debe resultar derrotada sólo después de largas y profundas motivaciones, pruebas y argumentaciones, para llegar a la conclusión de que no había otra alternativa sino la peligrosa decisión¹⁷ de abandonar el estado de derecho.

La Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, establece un test a superar por la declaratoria de emergencia social, compuesto de tres momentos sucesivos: en el primero de ellos, debe cumplirse con un presupuesto fáctico, referido a demostrar que los hechos que dan lugar a la declaratoria son sobrevinientes; en el segundo, se efectúa un análisis valorativo para determinar la gravedad e inminencia de esos hechos; en el tercer momento, se desarrolla el juicio de suficiencia, dirigido a demostrar que los medios ordinarios con los que cuenta el ordenamiento jurídico para tratar la supuesta situación crítica, no son suficientes o efectivos para superar los hechos que motivaron esa declaración.

Sin que sea imprescindible entrar en detalles, puede afirmarse que el presupuesto fáctico presentado por el Gobierno falla por una razón principal: los hechos invocados no son sobrevinientes porque todos ellos hacen parte de situaciones previstas desde los debates a los que se dio lugar con la expedición de la Ley 100 de 1993 y posteriormente, con la Ley 1122 de 2007, y además han sido detectados por cada uno de los gobiernos posconstitucionales, incluidos precariamente en algunos de sus planes de desarrollo, advertidos desde 1992 hasta 2008 por la Corte Constitucional en numerosos fallos, y por los organismos de control en conceptos rutinarios.

En cuanto al presupuesto valorativo, no queda duda acerca de que se trata de hechos graves e inminentes, pero la gravedad e inminencia no puede obedecer a criterios de oportunismo gubernamental. La gravedad e inminencia eran evidentes desde años atrás con la crisis hospitalaria, el ingente recurso a la tutela y los reportes generales acerca del estado del SGSSS. El Gobierno Uribe no reaccionó durante 7 años sucesivos a la gravedad e inminencia de la crisis del sistema de salud hasta que la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-760 de 2008. Incluso lo hizo tarde, más de un año después de la última orden judicial.

presenta no ya como práctica ordinaria de gobierno sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de su subversión.” Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 813-814.

¹⁷ El frecuente uso del término “decisión” en estas materias inexorablemente evoca y remite al pensamiento decisionista del autoritarismo defendido por Carl Schmitt. Al efecto véase Schmitt, Carl. *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

Por último, en lo que hace relación al juicio de suficiencia, es imprescindible advertir una serie de violaciones de la Constitución de la máxima importancia: en primer lugar, el derecho a la salud es un derecho fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada por parte de la Corte Constitucional, lo cual es reconocido por el Gobierno en la declaración del estado de excepción y en los decretos reglamentarios, por tanto, atendiendo al artículo 152 de la Constitución, su desarrollo requiere de ley estatutaria y no de un decreto de emergencia social, con el cual se elude el principio democrático del origen parlamentario de las leyes, de la participación de todos en las decisiones que los afectan, del principio de representación y de la posibilidad de debatir y construir compromisos mayoritarios en el Congreso;¹⁸ en segundo lugar, el Decreto 131 de 21 de enero de 2010, regula la autonomía profesional de los médicos,¹⁹ y dado que ella está enmarcada dentro de un derecho fundamental, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución Política, su reglamentación sólo procede mediante ley estatutaria, al tenor del artículo 152 de la Constitución Política; en tercer lugar, el estado de emergencia desarrolla una reforma tributaria que debe ser tramitada por el Congreso de la República a través del trámite legislativo respectivo,²⁰ y no de una emergencia social; en cuarto lugar, el estado de emergencia desarrolla una reforma estructural del SGSSS, lo cual significa una reforma de las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, cuya competencia corresponde al Congreso de la República, con el respectivo trámite legislativo; en quinto lugar, el Gobierno tuvo la oportunidad de presentar partidas presupuestales superiores para la salud dentro del presupuesto general de la nación, y sin embargo no lo hizo; en sexto lugar, casi todas las medidas de vigilancia, control y sanción incluidas dentro del estado de emergencia son medidas ordinarias, enmarcadas dentro del artículo 189 de la Constitución Política, y por lo tanto, no requerían de un estado de

¹⁸ “La democracia, al limitar la autoridad, relaja también la disciplina; por eso se opone a todo poder absoluto, incluso el de la mayoría. El poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos nacionales o económicos, aún cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente, por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que procede el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso, el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso.” Cfr. Kelsen, Hans. *Forma de Estado y filosofía* (Parte de “Essays in legal and moral philosophy” Ed. Por D. Reidel-1933). En: *Esencia y valor de la democracia* (1920 primera edición). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México: Colofón, 1992. p. 145

¹⁹ Que por cierto queda definida de manera absolutamente contraria a cualquier significado de autonomía, esto es, como subordinación o dependencia, pues el decreto la determina como “capacidad de autorregulación y como sujeción a estándares”.

²⁰ De hecho, el gobierno presentó un proyecto de ley similar en la legislatura pasada.

emergencia; más aun, muchas de ellas ya estaban creadas, como es el caso de aquellas referidas al control de precios de los medicamentos, cuya competencia corresponde al Ministerio de Protección Social, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Comisión Nacional de Regulación en Salud; en cualquier caso, no hay noticia alguna por parte de las instituciones de vigilancia y control acerca del desborde argumentado por el gobierno; en séptimo lugar, y en relación directa con el punto anterior, es necesario señalar que si el SGSSS llegó al estado actual, ello se explica en parte por la propia inoperancia del Gobierno Nacional, aceptada en los propios decretos de emergencia, y también, por la precariedad en el cumplimiento de las competencias propias de la Fiscalía, la Procuraduría y la Superintendencia de Salud, entre otras entidades. En suma: violación del principio de división de poderes y alegación del propio dolo gubernamental.

Precisamente, este último punto encaja bien con una crítica que se puede formular al enfoque de lucha anticorrupción de la emergencia social.²¹ Aunque pueda parecer una afirmación sorprendente, la corrupción no existe,²² y por tanto, la lucha anticorrupción es un invento sin objeto, y por ello mismo, carecen de objeto legítimo todas las instituciones que justifican su existencia en este supuesto enemigo. La corrupción no es nada diferente a la agrupación –con fines de amedrentamiento y reforma– de una serie de delitos, faltas disciplinarias y otros tipos de violación a los ordenamientos jurídicos, los cuales ya tienen existencia jurídica independiente, así como también instituciones que cuentan con atribuciones para investigarlos, juzgarlos y sancionarlos. La corrupción no agrega nada. Pero la llamada “lucha anticorrupción” sí permite agregar cosas: una estructura burocrática que suele depender del Presidente, que es paralela a las instituciones judiciales, disciplinarias y de vigilancia y control, creadas por la Constitución; y de otro lado, argumentos políticos para justificar las reformas de interés gubernamental, que nadie aceptaría de otra manera. En este último sentido, las denuncias de corrupción y los escándalos súbitos suelen ser el primer paso a dar antes de iniciar procesos de reforma, tales como las reestructuraciones administrativas tan abundantes hasta el día de hoy, incluyendo la del SGSSS que promueve la emergencia social que aquí se examina. La lucha anticorrupción es una lucha innecesaria que sólo se superpone a las atribuciones ya existentes. Toda la institucionalidad burocrática que crea la emergencia social es superflua, son recursos perdidos, que trasladan atribuciones de la Fiscalía, la Procuraduría, la Superintendencia de Salud, el control interno y el control de tutela, al Gobierno Nacional.

²¹ Reglamentado por medio del Decreto 126 del 21 de enero de 2010.

²² Montoya Brand, Mario. *La instrumentación política de la corrupción*. En: *Estudios Políticos*, Medellín: Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. No. 16. Enero – junio de 2000. pp. 103-117.

Un reparo más a la emergencia social y que se enmarca en el juicio de suficiencia, es el recurso al derecho penal como *prima ratio* y no como última *ratio*, pues el Gobierno Nacional no agota todos los recursos institucionales existentes antes de recurrir a la fuerza extrema del Estado. Esta política gubernamental es más criticable aun si se toma en cuenta que se trata de un estado de emergencia social, y que el recurso a medios penales acompañan a todas las demás medidas, como si simplemente todos ellos se encontraran al mismo nivel dentro de un estado de derecho.

Por el contrario, los mecanismos más recurridos del estado social de derecho en Colombia para garantizar el derecho fundamental a la salud, como ocurre con la tutela, resultan claramente desalentados por los decretos de emergencia, que no se limitan a intentar resolver los problemas del SGSSS, y que como consecuencia el recurso desmedido a la tutela para lograr la protección de la salud se vea reducido por el mejoramiento del SGSSS, sino que explícitamente se pronuncia contra su uso.²³ Así pues, sin mecanismos concretos que garanticen aquel derecho, la tutela sigue siendo la única opción, y mediante la emergencia, el decreto insinúa que se la abandone.

Es por prácticas políticas de este tipo que un clásico como Kelsen concluye desde una perspectiva sumamente crítica a propósito del estado de necesidad – léase estado de excepción o de emergencia social– que “[e]n el estado de necesidad, el estado puede violar incluso los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de libertad de sus súbditos incluso sin base legal, privarles de su propiedad, aún destruirla sin previa indemnización; en definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma constitución por parte de los órganos estatales, especialmente por parte del jefe del Estado. Se habla de un <derecho de legítima defensa del Estado> y se argumenta del modo siguiente: el Estado tiene que vivir, y si es imposible que esto sea por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, especialmente el órgano supremo, el monarca, están obligados a hacer cuanto sea preciso para mantener el Estado.”²⁴

Y la explicación, para sorpresa de algunos, descansa en el iusnaturalismo –tan coincidente con el autoritarismo– que motiva imperceptiblemente los estados de necesidad: “[n]aturalmente, esto no es más que un razonamiento político-jusnaturalista que, como de ordinario, pretende hacerse pasar por Derecho positivo. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que <vivir>, suele

²³ El Decreto 128 de 2010, dentro de sus “considerandos”, busca evitar la “necesidad de acudir al juez de tutela”.

²⁴ Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002. pp. 262 y 263

ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del <estado de necesidad política>. Del derecho de legítima defensa precisa distinguir la posibilidad (expresamente admitida en muchas constituciones) de suspender temporalmente, en caso de guerra o de alteraciones del orden público, las determinaciones referentes a los derechos de libertad de los súbditos, o incluso otros preceptos constitucionales: lo cual lleva aparejada la facultad concebida a las autoridades públicas de invadir ampliamente la libertad de los particulares. Esto es lo que constituye la proclamación del estado de sitio o estado de excepción.”²⁵ No es otra cosa que el tono salvífico del estado de excepción para el SGSSS, que desde luego, como suele ocurrir con casi todos los estados de excepción, dejará el sistema peor después de aplicar el remedio.

- 1.2 Toda la emergencia social se declara como respuesta al mencionado pronunciamiento de la Corte Constitucional en el cual se ordena al Gobierno Nacional cumplir con la Constitución en materia del derecho fundamental a la salud. Esta respuesta normativa, más los pronunciamientos del Gobierno por los medios de prensa, expresan un sentimiento gubernamental encaminado a sostener que la Corte Constitucional tiene la culpa de la crisis en materia de salud, y que sus órdenes sólo se pueden cumplir mediante la violación del estado de derecho, es decir, por vía de excepción. En el fondo de todo esto, el Gobierno parece decir que la responsabilidad jurídica y política de la crisis del SGSSS se explican porque la Corte Constitucional con sus pronunciamientos sobrecargó el SGSSS de salud, que venía siendo bien manejado por el Gobierno Uribe. En este sentido, la emergencia social y su uso político, es sólo un episodio más de las persecuciones gubernamentales a los jueces, y de manera especial, un intento adicional por desalentar controles judiciales sobre las actividades del Gobierno, muy útil en una época en la que se discute una reforma a la justicia, respecto de la cual las expectativas del Gobierno son las de obtener una mayor autonomía respecto del Tribunal Constitucional.
- 1.3 Debe admitirse que los asesores del Gobierno son sumamente habilidosos para encontrar en la Constitución fisuras constitucionales, que permiten a los gobiernos prácticas que nadie habría previsto en la Asamblea Nacional Constituyente. En materia tributaria es claro que el principio constitucional que rige la legislación sobre la materia es que no hay impuesto sin representación, y por tanto, se confía en que toda legislación y reforma sobre la materia se aprueba después de seguir el procedimiento de ley respectivo en sede del Congreso. Contrariando este marco normativo, los diferentes gobiernos habían expedido hasta ahora verdaderas reformas tributarias bajo la

²⁵ Ibidem., pp. 262-263. Subrayas en el original.

modalidad excepcional de la conmoción interior, muy asociada a la guerra, con todos los costos que implicaba en materia de legitimidad, y especialmente porque luego debía intentarse con mucha dificultad blanquear estas normas, es decir, convertirlas en legislación ordinaria o de la normalidad. Pues bien, la emergencia social, al tenor del artículo 215 de la Constitución Política, es mucho más laxa en estas materias y es permisiva en cuanto autoriza con mucha facilidad a pasar de lo extraordinario a lo ordinario en materia impositiva. Luego, en un trámite parlamentario mucho más corto que el que se requiere para aprobar una reforma tributaria, la emergencia social puede ser aprobada, y con ello, todos los impuestos decretados bajo la excepción.

1.4 La declaratoria de emergencia considera una práctica que debe ser objeto de estudio, la cual se mueve entre el derecho y la política. Se trata del ya clásico recurso a la negociación del derecho, consistente en expedir abundantes órdenes, de diverso contenido, con numerosos destinatarios, para quienes se dispone copiosas medidas que desmejoran gravemente sus derechos. Lanzada la emergencia social en la que se incluye todo este complejo paquete de reformas jurídicas, se producen dos efectos de enorme utilidad para los gobiernos: en primer lugar, un fraccionamiento de los intereses de los diferentes actores involucrados, quienes se dispersarán en ejercicios de autoprotección de sus derechos, divididos en grupos de interés (médicos, pacientes, personal administrativo, etc.); y, en segundo lugar, una tendencia de cada uno de los actores a combatir por mínimos, pero en marcos sectoriales o de grupos de interés, es decir, a pelear con una perspectiva pesimista para obtener que las penas sean menores, los impuestos más bajos, las multas menos elevadas. En último término, lo que el Gobierno se propone es elevar la oferta de riesgo y dolor, para sacar mínimos en una situación de alta incertidumbre, para luego proceder a negociar con cada uno de los sectores de manera separada y conciliar la emergencia social con grupos de interés improvisados y fracturados, muy probablemente obteniendo la aprobación de los puntos centrales de la agenda gubernamental.

1.5 En relación directa con el punto anterior, está el recurso presidencial a la retractación –pública– pero no jurídica de algunas de las más resonantes medidas, adoptadas bajo la emergencia social (penalización de médicos y vinculación del patrimonio familiar a los gastos del tratamiento, sirven como ejemplos). En varias alocuciones presidenciales y entrevistas periodísticas, el Presidente ha sido claro en que deroga estas decisiones o ha manifestado su disposición a que el Congreso las derogue, pero él no lo hace directamente. El mensaje que le llega a la audiencia es que el Presidente reconsideró su actitud cerrada frente a un tema tan polémico, es decir, que de buena voluntad recapacitó. Sin embargo, las referidas medidas no son derogadas por medios jurídicos, es decir, que ellas se encuentran vigentes. Esta es una muestra muy interesante del personalismo presidencial que ha instalado con más fuerza el

Presidente Uribe en los últimos años. La opinión pública ha ido asumiendo que la palabra del Presidente es el ordenamiento jurídico mismo, mientras que el derecho se ha tornado menos importante o vinculante. Este personalismo presidencial es uno de los más significativos riesgos de una democracia, y expresa claramente la enorme diferencia que existe entre la democracia entendida como un gobierno *del* pueblo y la democracia entendida como un gobierno *para* el pueblo.²⁶

- 1.6 El Gobierno ensaya una interesante estrategia encaminada a producir confusión en los órganos judiciales encargados de efectuar el control constitucional de las medidas, en cuanto expide simultáneamente decretos de estado de emergencia social, que en virtud del artículo 215 de la Constitución Política serían estudiados por la Corte Constitucional, y decretos ordinarios, temáticamente relacionados,²⁷ pero algunos de los cuales son a su vez reglamentarios de decretos legislativos que desarrollan el estado de emergencia social,²⁸ y que a pesar de ello, son expedidos como si fueran decretos ordinarios, con base en las facultades presidenciales del numeral 11, del artículo 189 de la Constitución Política, los cuales serían de control de la Corte Constitucional, pero van al Consejo de Estado. Así pues, se expiden decretos legislativos cuyo control corresponde a la Corte Constitucional, decretos ordinarios, temáticamente afines, pero cuyo control corresponde al Consejo de Estado, y decretos reglamentarios de los decretos de emergencia, pero supuestamente con base en el artículo 189 de la Constitución Política, para enviarlos al Consejo de Estado. Toda una estrategia para provocar confusión y divergencias en los órganos de control buscando el famoso “choque de trenes”, con lo cual se obtiene el objetivo autoritario de fortalecer al Gobierno Nacional al debilitar sus correlativos controles.

²⁶ De nuevo Kelsen interpreta con toda claridad este tipo de expresiones gubernamentales que pasan como “liderazgo”: “[n]aturalmente, no puede negarse la existencia de algo como el liderazgo dentro de un Estado democrático, y tampoco que la forma democrática de gobierno no impide, aunque tampoco favorezca, el surgimiento de líderes fuertes que pueden obtener el apoyo entusiasta de las masas. Tampoco puede negarse que la ascensión de una personalidad así puede traer como consecuencia la aniquilación de esta forma de gobierno y su sustitución por una autocracia franca o por una dictadura pretenda pasar por democracia.” Kelsen, Hans. *Los fundamentos de la democracia*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988.

Y respecto de los sutiles engaños a propósito del sentido de la democracia y su relación con el pueblo, el propio Kelsen afirma que “[e]n tal ‘verdadera’ democracia, el pueblo puede estar ‘representado’ por una élite, una vanguardia o incluso por un líder carismático. Lo único que se necesita para ello es desplazar el acento, en la definición de democracia, de ‘gobierno del pueblo’ a ‘gobierno para el pueblo’.” Kelsen, Hans. *Los fundamentos de la democracia*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988, p. 212-213.

²⁷ Por ejemplo, el Decreto 120 de 21 de enero de 2010.

²⁸ El Decreto 358 de 4 de enero de 2010.

En síntesis, el estado de emergencia es autoritario en cuanto prefiere la emergencia a la normalidad, la decisión autocrática a la democrática, la legitimación del Gobierno a la credibilidad del juez constitucional, la *última ratio* a la *prima ratio*, el personalismo presidencial al ordenamiento jurídico, la concentración del poder al respeto por la división y el equilibrio entre poderes.

2. Tensión entre mercado y derechos humanos

Los decretos de emergencia se inscriben en la línea estatal (del Congreso y del Gobierno, y no de los jueces) de mercantilización de la salud, que es un grado superior al de la simple privatización, entendida esta última como la prestación del servicio de salud con la participación de los particulares. La mercantilización de la salud no se queda en la participación de los particulares en la prestación, sino que traslada el eje central del SGSSS –el usuario– al prestador privado, quien en términos del mercado lo único que busca es la propia maximización del beneficio. Una paradoja fundamental radica en que la privatización suele correr paralela a un proceso de debilitamiento de las funciones de vigilancia, seguimiento y control del Estado, y en último término, de aseguramiento del derecho a la salud, (Constitución Política, artículos 49 y 365)²⁹ para dar lugar a la simple lógica del enriquecimiento de algunos particulares, usualmente segmentos de cadenas oligopólicas. Los derechos fundamentales del usuario, su frecuente condición de debilidad manifiesta, la grave situación de quienes padecen una enfermedad, especialmente si se trata de niños, ancianos, desplazados, entre otros, apenas importan al sistema de salud. Así pues, en el dilema que se plantea entre el mercado y los derechos humanos, entre la rentabilidad y el derecho fundamental a la salud, la respuesta del sistema es que todo su orden gira alrededor de la factura y no del paciente, de la economía y no de la salud. Es por eso que el sistema llama “enfermedad de alto costo” a lo que los médicos califican como “enfermedad catastrófica”. Es por eso también que la salud es un gran negocio con claros ganadores y perdedores.³⁰

Pueden ser referidos dos ejemplos en los cuales se recoge claramente este enfoque dentro de la declaratoria de la emergencia social, los decretos que la desarrollan y otros que le son paralelos pero temáticamente afines: el primer ejemplo, es el del traslado de los costos de las prestaciones excepcionales al paciente y a sus familiares,³¹ con lo cual se releva al sistema de pagarlas, con dineros provenientes

²⁹ Esto ocurre, por ejemplo, al reducir sensiblemente el número de personas y los recursos en las instituciones de control, o también, al crear instituciones “sin dientes”, para controlar y sancionar a los agentes privados o públicos que proveen el servicio.

³⁰ Léase el artículo “Dónde está la bolita” publicado en *semana.com*, el 30 de enero de 2010, por el reconocido periodista e investigador Daniel Coronell.

³¹ Decreto 128 de 21 de enero de 2010

de los impuestos y aportes de los trabajadores y empleadores. La prueba de la capacidad económica del paciente y de los familiares será un asunto particularmente problemático, entre otras cosas por la incompatibilidad con la urgencia propia de las enfermedades de alto costo. El segundo ejemplo, es cuando se le entrega a las aseguradoras el dinero del fondo para financiar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –SOAT– (FONSAT); lo cual significa que se libera –con el Decreto 074 de 2010– a las EPS de la carga de asumir los sobrecostos que deberían complementar al SOAT luego de superados los 800 salarios mínimos diarios legales vigentes; igualmente, con cargo al SOAT se elevaron los topes a 1.100 SMDLV y para beneficiar las cargas de las aseguradoras –que nunca manifestaron dificultades económicas–, redujeron el 20% del valor de la prima que deberían girar a la subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito –ECAT– del FOSYGA. Así, dicha subcuenta ECAT dejará de ser superavitaria y no quedarán los excedentes que han salvado a la red pública hospitalaria por atenciones a aquellos pobres por los que nadie responde.³²

Es difícil sostener que en el marco de un modelo de estado social de derecho, por lo menos en la formulación constitucional, este orden económico y social propio del sistema de salud colombiano pueda ser calificado como justo, en los términos del artículo 2 de la Carta.³³ Por el contrario, parece muy injusto, y al parecer el estado de emergencia social contribuye a consolidarlo mediante claras desviaciones del poder institucional. Igualmente, parece superflua toda intención de establecer si el SGSSS colombiano hace prevalecer el interés general de la población sobre el particular de las EPS privadas.

3. Tensión entre integración y desintegración social

La emergencia social del Gobierno Uribe, prefiere la desintegración social a la integración social como forma de dar respuesta extraordinaria a los problemas de

³² Estos datos son tomados de Reyes Forero, Germán. “Serán sancionados los médicos y odontólogos que se salgan de los parámetros de la racionalidad económica de los servicios de salud”. En: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia?p_id=23986617&p_siteid=37, Consultado el 5 de febrero de 2010.

³³ De nuevo Kelsen, el desconocido por muchos, ofrece una clave de pensamiento socialista: “...creo ser lo suficientemente objetivo como para reconocer, que la seguridad económica para la gran masa es más importante que todo lo demás, y que yo no tengo el derecho de ser políticamente activo para la conservación de un sistema económico en el que yo y mis iguales nos encontramos bien, y actuar contra un sistema económico del que yo tenga que aceptar que funciona en interés de las grandes masas y al que yo creo –así lo queramos o no los beneficiarios de la economía libre– pertenece el futuro. De esta manera plena simpatizaba yo personalmente con un partido al mismo tiempo socialista y democrático, y de esa simpatía no hice nunca un secreto.” Kelsen, Hans. *Autobiografía* (1927, 1947). Editado por Matthias Jestaedt y traducido y presentado por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia con la colaboración del Instituto Hans Kelsen, 2008, p. 117-118

larga duración que aquejan el SGSSS. Es la vieja práctica política de sortear las crisis mediante el enfrentamiento provocado de sectores, grupos de interés, poblaciones, entre otros. Es necesario advertir que ya desde la Constitución – artículo 336– se promueve este enfrentamiento al aprobar la norma que dispone financiar la salud con los impuestos provenientes del licor, el tabaco y los juegos de azar, es decir, se enfrentan los viciosos (fumadores, alcohólicos y apostadores) con los enfermos y pobres. Cabe decir dos cosas: la primera, no es del todo claro que los fumadores, alcohólicos y jugadores de azar sean quienes mayores gastos le impliquen al sistema de salud,³⁴ en cualquier caso, a nadie se le ocurriría agradecerles por contribuir al sostenimiento del SGSSS; la segunda, beber, fumar y apostar suelen ser prácticas más frecuentes entre las personas de bajos recursos, con lo cual la paradoja es que son los mismos pobres quienes sostienen el sistema de salud que no los atiende. Los decretos de emergencia social subrayan este enfrentamiento paradójico al incrementar el recaudo proveniente de este tipo de consumos.

Además, los decretos de emergencia promueven un claro enfrentamiento entre sectores, de una parte los estratos 5 y 6, y de la otra los estratos 0 a 4, pues más allá de las advertencias hechas a propósito de que la salud terminan pagándola los pobres que apenas la disfrutaban, el presidente Uribe expresó en varias alocuciones televisivas que sólo los estratos 5 y 6 pagarían con sus propios recursos los gastos excepcionales en salud. La medida al parecer no se sostuvo, pero la práctica gubernamental de lanzar medidas para experimentar reacciones ya dice bastante del talante gubernamental. Probablemente no sea necesario advertir que en el estrato 5, y seguramente en el 6 también, se carece frecuentemente de los recursos económicos para sostener enfermedades de alto costo. Lo interesante es la sensación mediática de que de nuevo los pobres iban a ser subsidiados por los ricos.

De otro lado, los decretos de emergencia disponen que un parámetro para tomar decisiones a propósito del contenido esencial del POS, es el de la participación ciudadana,³⁵ además de ciertos criterios técnicos. De esta manera, por ejemplo, podría decidirse por aclamación pública, convocada por los gobiernos, acerca de la

³⁴ Tres comentarios de diferente orden al respecto: 1. Está por verse, por ejemplo, cuánto le cuestan al SGSSS las “benéficas” actividades físicas masificadas de practicar ejercicios en gimnasios, ciclovías y demás, en términos de enfermedades crónicas del aparato musculoesquelético, en cáncer de piel, entre otras, o incluso, el consumo de bebidas energizantes; 2. Conviene recordar que estos tributos no sólo tienen funciones fiscales, sino también correctoras de fallas del mercado, es decir, de externalidades negativas, como el de afectar la salud de terceros no dispuestos a consumir cigarrillo mediante la dispersión del humo ajeno; 3. El gravamen de estas actividades haría suponer que se busca desincentivarlas, pero si el consumidor actuase racionalmente, y consecuente con ello las abandonara, el recaudo se caería.

³⁵ Decreto 131 de 21 de enero de 2010, artículo 9, que ordena incluir un artículo 162 A, en la Ley 100 de 1993, referido al POS.

viabilidad financiera de costear los gastos médicos necesarios para atender a los enfermos de VIH –especialmente a los homosexuales– o las prestaciones excepcionales necesarias para atender a los enfermos terminales, cuyas dolencias son el resultado de consumo de alcohol o alucinógenos. Así pues, se trata del enfrentamiento entre los electores y los licenciosos, de los buenos contra los malos, de los moralmente correctos contra los pecadores, de los virtuosos contra los réprobos.³⁶

En un sentido similar, pero que conviene subrayar, puede citarse el art 17 del Decreto 120 de enero 21 de 2010, que ordena fijar en los expendios de licor, avisos que adviertan que “el alcohol es nocivo para la convivencia social”. Es difícil encontrar una advertencia más absurda por la contraevidencia que entraña: el alcohol crea las condiciones más frecuentes de integración y convivencia social, más allá de que excepcionalmente, como consecuencia del estado que puede producir en ciertas personas, pueda jugar algún papel no muy bien definido en actos de violencia social. El hecho es que el Gobierno expide una medida que explota el miedo social a una práctica paradójicamente generalizada, el consumo de alcohol, que paradójicamente pasa de ser el medio constitucional para la financiación de la salud, a ser un factor que pone en inminente peligro la convivencia social.

Finalmente, y en la misma línea anterior, el artículo 23 del Decreto 120 de enero 21 de 2010, crea la figura de los “pactos por la vida” entre los residentes de zonas con altos consumos de alcohol, para que mediante acuerdos mutuos establezcan las condiciones que contribuyan a disminuir los hechos de violencia. Aquí el Gobierno no sólo renuncia sino que acepta su ineptitud para tratar los más mínimos problemas de convivencia social, mientras que entrega a los propios particulares involucrados el tratamiento de sus conflictos. Este tipo de medidas puede conducir a prácticas de autotutela y de justicia por propia mano, con lo cual los conflictos pueden incrementarse gravemente, promoviendo la desintegración social, por lo menos en términos democráticos, y sustituyéndola por formas de integración alrededor de la violencia, pero sin Estado.

4. Tensión entre lo público y lo privado

Otro dilema que atraviesa a las políticas de emergencia del Gobierno Uribe, es el de lo público y lo privado, es decir, el de la disyuntiva entre lo público y lo privado como tratamiento que se ha de dar a ciertos problemas relevantes para el orden

³⁶ Kelsen advierte que la libertad puede estar en riesgo tanto por las determinaciones del Parlamento como por las determinaciones del pueblo: “(...) sería un prejuicio suponer que el único peligro de la libertad está del lado de los monarcas, y que el <pueblo> o la representación popular, como órganos legislativos, actúan siempre en sentido de la libertad, y aún el órgano legislativo constituido por el pueblo mismo o sus representantes muestra, en la práctica, la misma tendencia que el monarca absoluto a regular ampliamente la conducta individual.” Cfr. *Teoría General del Estado*. Op. Cit. p. 428

social o la garantía de los derechos. Ya Bobbio advirtió acerca de que lo público y lo privado constituyen más que un dilema una dicotomía, y que por tanto, aplicando sus conceptos, si una solución no consulta los intereses públicos consulta los intereses privados.³⁷

Pues bien, considerado en un sentido amplio, ya el sistema de salud guarda unas preferencias importantes por lo privado en detrimento de lo público, las cuales no son atendidas por los decretos de emergencia, o si lo son, se hace desde la lógica de la mercantilización de los servicios. Así, por ejemplo: se prefiere localizar en los barrios farmacias en lugar de centros de salud, lo cual da lugar a que las personas consuman drogas sin fórmula médica para tratar síntomas cuyo origen se desconoce, pues muchos pacientes no pasan previamente por consultas médicas que determinen con claridad el tratamiento a seguir. Una solución pública al problema de la salud en Colombia, pasa porque se establezcan muchos más centros de salud en los cuales se efectúen diagnósticos adecuados, y que el acceso a los medicamentos haga parte de un segundo momento en el proceso de atención. Las farmacias sin centros de salud sólo favorecen el autodiagnóstico, la precarización y la mercantilización de la salud pública.

En segundo lugar, lo que podría llamarse de verdad salud pública no es objeto de tratamiento alguno por parte de los decretos de emergencia. La emergencia se ocupa a lo sumo de algunos de los asuntos de la salud de los particulares, pero deja a un lado los grandes problemas de la salud preventiva, en particular, de la salud epidémica, aquella en la que se entroncan de manera más severa la pobreza y las enfermedades.³⁸ Este es el gran caldo de cultivo de los problemas de salud en Colombia: la falta de políticas públicas preventivas y no curativas, pues estas últimas ponen la salud de las personas consideradas como casos particulares en manos de las EPS y las farmacias. Sin políticas preventivas de salud, sin campañas de salud, sin campañas de vacunación atadas a políticas de perfiles poblacionales, la salud queda particularizada en el caso por caso que hace derivar los recursos del sistema a las grandes empresas farmacéuticas y a las EPS. Así entonces, una preferencia por las soluciones públicas a la problemática de la salud en Colombia, pasa primordialmente por favorecer los centros de salud y las campañas de salud preventivas en lugar de las farmacias y las EPS, pues estas últimas no son aptas para responder a las expectativas de una adecuada salud pública. Esto es comprensible, pues la salud pública, concebida en estos términos, subraya de inmediato la conexión entre la pobreza y los problemas de salud, y termina demostrando que no se pueden resolver estos últimos sin resolver aquella.

³⁷ Cfr. Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Fondo de cultura Económica, 1996.

³⁸ Se trata claramente de bienes meritorios que deben ser provistos mediante políticas públicas.

Un ejemplo más de las preferencias por lo privado en lugar de lo público, lo ofrece el hecho de que el Gobierno Nacional decidió declarar la emergencia social con el llamado de auxilio de algunas EPS y no con los numerosos llamados formulados en los últimos años por parte de los hospitales públicos. El asunto es que la red hospitalaria se encuentra en crisis desde hace muchos años, son los hospitales los más aptos para atender el modelo de salud pública mencionado atrás, pero se encuentran en crisis financiera porque el Gobierno Nacional no gira los recursos necesarios para atender sus gastos de todo tipo: laborales, de funcionamiento, de recursos hospitalarios, entre muchos otros. El Gobierno Uribe prefirió salvar a las EPS en lugar de salvar a los hospitales.³⁹

Algunos aspectos menores que rodean la declaratoria de emergencia social también dicen mucho del talante privatista del Gobierno Uribe. Aquí están dos de ellos: uno, la fecha de la expedición del decreto que declara la emergencia social, es decir, el 23 de diciembre, sugiere una práctica de ocultamiento de la inconveniente decisión, pues disminuye la resistencia social y sectorial inmediata, al tomar una medida en medio de la algarabía general decembrina que inhibe el criterio social bajo los efectos del alcohol; dos, el momento de la discusión o debate, pues no sólo se eludió la participación del sector salud en la elaboración de una medida tan problemática, al expedir un decreto hasta ese momento desconocido para el sector, y sólo al alcance de asesores particulares, sino que la convocatoria al Congreso se hizo en una fecha igualmente inconveniente, el 29 de diciembre, y el momento de la discusión fue a posteriori, mientras que los escenarios de la discusión fueron el de los asesores privados en conciliábulo con el Gobierno y el de las declaraciones presidenciales en los medios de comunicación, y no el escenario público parlamentario, como lo ordena la Constitución.

5. Tensión entre visión de corto plazo y visión de largo plazo

Se sabe que los grandes problemas del sector salud en Colombia se explican en buena parte porque la Ley 100 de 1993 se proyectó para un contexto laboral de acuerdo con el cual el 70% de las personas se encontraría empleada bajo esquemas formales, mientras que el 30% de las personas se encontrarían desempleadas y por tanto subsidiadas por el sistema.⁴⁰ Se trata de la diferencia entre el régimen

³⁹ Apenas se los menciona en alguno de los considerandos del decreto que declara la emergencia social. Al respecto véase “¿Y la salud pública qué?”. Tomado de *eltiempo.com*. http://www.eltiempo.com/opinion/forolectores/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7195492.html Consultado el 25 de febrero de 2010.

⁴⁰ Véase al efecto el artículo de prensa “La crisis del sector de la salud tiene antecedentes de más de quince años. Un debate postergado”, de Leonardo Cañón, Juan Carlos Cortés y Emilio Carrasco. Publicado en *elespectador.com*. En: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso186415-un-debate-postergado> Consultado el 7 de febrero de 2010. Cabe aclarar también que no se trata sólo de un asunto de empleo y

contributivo, compuesto por personas laboralmente activas, que subsidian al resto de la población incapaz de acceder por sus propios medios al SGSSS. Sin embargo, la configuración laboral del país cambió radicalmente desde 1993 hasta hoy, en parte por las desacertadas políticas públicas de los gobiernos en materia laboral, de manera que en la actualidad el régimen contributivo es mucho menor de lo proyectado y el régimen subsidiado es enorme. En tales condiciones, el sistema de salud es inviable.

El problema del desempleo entonces es una de las causas principales de la debacle del sistema de salud en Colombia, y su solución es un asunto mucho más estructural y de mediano y largo plazo. Así las cosas, las soluciones adoptadas mediante un estado de excepción, y en particular mediante este de emergencia social, no tocan en lo absoluto la causa principal de los problemas de salud en Colombia, es decir, el tema del desempleo, el subempleo y la informalidad. El problema no se resuelve con medidas que buscan la disponibilidad presupuestal inmediata, sino con el tratamiento de las causas estructurales. Pero en los gobiernos colombianos tiene un gran peso el asunto de la eficacia cortoplacista y no la efectividad del largo plazo. En este sentido, importan más las medidas que resuelven los problemas de legitimidad inmediata de los gobiernos y no los problemas de efectividad de los derechos.

6. Tensión entre la experticia y la política

Las formas de gobierno y de administración permiten distinguir entre la democracia y la tecnocracia,⁴¹ es decir, entre el gobierno de los representantes democráticos, elegidos por el pueblo y surgidos del pueblo mismo y el gobierno de los funcionarios expertos, de los servidores públicos técnicamente formados y cuyas decisiones se apoyan en criterios científicos o de alta técnica. De un lado el gobierno del pueblo y del otro el gobierno del técnico. En el primer caso, se elige al servidor público precisamente porque es un igual, una persona del pueblo, que goza de las simpatías públicas, que carece de alguna formación técnica, pero que comparte los propios sentimientos y la perspectiva de los gobernados. En el segundo caso, el del funcionario experto, no suele estar precedido por una elección democrática, sino más bien por una selección, un proceso concursal o de carrera administrativa, durante el cual el aspirante a ocupar un cargo demuestra su experticia frente a competidores igualmente expertos. Su alta formación científica o técnica lo selecciona, y es esa misma formación la que le permite desempeñarse en un cargo que por definición es de expertos y para expertos. En suma, un tecnócrata.

desempleo, sino también de subempleo e informalidad. Precisamente estas dos últimas son cada vez más recurridas por el propio sector productivo formal.

⁴¹ Véase al efecto: Vélez Rendón, Juan Carlos. *Modernización del Estado y administración pública: entre la burocratización y la tecnocracia*. Estudios Políticos, No. 6, julio de 1995, p. 75-95

En las sociedades contemporáneas cada uno de estos funcionarios tiene su lugar: el representante democrático, sin tener que ser un ignorante, puede representar al pueblo si cuenta con sus simpatías, mientras que el experto carece de toda representación popular, pero puede tomar decisiones sumamente acertadas en campos específicos para los que se capacita durante largo tiempo. El funcionario experto decide en su microcampo técnico, el democrático orienta los destinos de una sociedad de acuerdo con los intereses que comparte con sus electores. El funcionario experto suele ser invisible, mientras que el democrático suele ser muy visible. Cada uno tiene su lugar, el uno es representativo, el otro no.

La sustitución de un tipo de funcionario por el otro suele ser muy peligrosa. Las sociedades democráticas son tales porque quien gobierna comparte los intereses de los que lo eligieron, y no porque quien gobierna lo haga con base en criterios científicos que suelen ser sumamente antidemocráticos. Es la igualdad política y no la desigualdad científica la que da lugar a este tipo de orden. Sin embargo, en estas sociedades, no se querrá que una decisión de alta técnica la tome un ignorante en el tema, es decir, alguien a quien se elige por razones políticas.

La disyuntiva entre la selección del experto y la elección del representante democrático, se pone de manifiesto en las medidas de emergencia social tomadas por el Gobierno Uribe, al confundir de manera deliberada y peligrosa ambos planos, es decir, al determinar que habrá comités de expertos, integrados por servidores públicos nombrados por funcionarios de elección popular, pero que carecen de la formación necesaria para responder con criterios de alta técnica en asuntos que los hacen incompetentes para decidir con acierto científico. En concreto, de acuerdo con el Decreto 128 del 21 de enero de 2010, el Consejo de Administración del FONPRES, que incide en la toma de decisiones de alto contenido técnico, estará integrado por ministros, directores de departamentos administrativos, entre otros, o tendrán la influencia directa de sus guías, estándares y demás, en los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud.

La medida gubernamental que ordena la sustitución del experto por el burócrata, ignorante en decisiones de alta técnica, sólo se comprende –que no justifica– por los criterios políticos de un perverso eficientismo económico, encaminado a salvar inconfesables intereses de agentes que apenas figuran en todas estas discusiones: ciertas EPS y las empresas farmacéuticas. Un control de los costos –que se perciben como desbordados– por la vía de desplazar al experto y cambiarlo por el político.

7. Tensión entre autonomía del paciente y autonomía del sistema

Mientras que bajo el “modelo liberal” de organización política y social se promueve la autonomía de los individuos frente al Estado, a los sistemas y demás formas de poder, en el marco del “paradigma neoliberal” esta autonomía se pierde y las decisiones de las personas se ven subordinadas a las nuevas formas de poder que

determinan las vidas individuales. La organización neoliberal de las sociedades tiene expresiones muy diversas, y una de ellas es que se trata de cierto liberalismo sin autonomía de la persona para definir su propio proyecto de vida, en el sentido de sometimiento a las determinaciones de los sujetos que dominan el mercado. Se trata de una expresión de los procesos de estandarización de las vidas de las personas para viabilizar proyectos de mercado.

Este tipo de orden en el cual los derechos de las personas no son atendidos, prestados y garantizados por entidades públicas sino por poderosos particulares, propicia que los derechos queden sujetos al criterio de las entidades privadas que actúan como sus administradoras, con lo cual definen toda su efectividad. Es por ello que el mayor peso en el sistema de salud lo tienen las EPS y no los pacientes, pues son las primeras y no los segundos quienes definen los contenidos y alcances de los derechos, y eso ocurre particularmente con las determinaciones que definen el grado de autonomía de ambos polos dentro del sistema de salud: es la EPS quien define el médico, la institución de salud que ha de prestar el servicio, el tiempo de espera del paciente para la atención, el tiempo necesario para que una cita médica se lleve a efecto, el concepto de urgencia con riesgo vital, el tiempo para reportar a la EPS el estado del paciente, entre otras cosas.

En el dilema que existe entre autonomía del paciente y autonomía de las EPS y demás entidades que prestan el servicio de salud, el SGSSS prefiere la autonomía de las prestadoras de servicio en lugar de la autonomía del paciente en asuntos que serían de su completo interés. Los decretos de emergencia social intensifican esta preferencia hasta el punto de invertir la lógica de quién sirve a quién. Es decir, los decretos de emergencia empeoran la condición de mero objeto asignada por el sistema al paciente, mientras transfieren sus decisiones autónomas hacia las EPS que adquieren mayores competencias para determinarlos.

Conclusión

Los comentarios anteriores permiten afirmar que la maniobrabilidad gubernamental derivada del estado de emergencia social es enorme: el Gobierno Nacional le pasa el problema al Congreso (a quien le pide que haga permanente la reforma de emergencia, a la vez que parece sugerirle derogar algunas disposiciones), a la Corte Constitucional (pues sugiere que la crisis de la salud la generó la Corte en el año 2008), a los usuarios y médicos (a quienes les endilga una buena dosis de sospecha), a las entidades territoriales y hospitales (a quienes acusa de mala administración). El único que no resulta responsabilizado por la hecatombe del SGSSS es precisamente el Gobierno Nacional, en cuyas manos está, por disposición constitucional, el propio sistema.

Puede concluirse entonces que la declaratoria de la emergencia social con los decretos que la desarrollan y otros decretos paralelos, privilegia medidas de

excepción proclives a dar un tratamiento determinado por su carácter autoritario, mercantilista, desintegrador de la sociedad, privativista, cortoplacista, politiquero y que promueve la dependencia del paciente. Aunque en todos los casos estos rasgos no son necesariamente violatorios de la Constitución de 1991, sin duda ofrecen razones de peso para declarar la inconstitucionalidad de las medidas.

Referencias bibliográficas

Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.

Cañón, Leonardo; Cortés, Juan Carlos y Carrasco, Emilio. *¿Y la salud pública qué?* Tomado de *eltiempo.com*. de 2010. http://www.eltiempo.com/opinion/forolectores/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7195492.html. Consultado el 25 de febrero de 2010.

Coronell, Daniel. *Dónde está la bolita*. Publicado en *semana.com* el 30 de enero de 2010

El Espectador. *La crisis del sector de la salud tiene antecedentes de más de quince años. Un debate postergado*. Publicado en *elespectador.com*. En: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso186415-un-debate-postergado>. Consultado el 7 de febrero de 2010.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 813-814.

Friedrich, Carl (1937). *Constitutional government and democracy*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975.

Kant, Immanuel (1797). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel filosofía, 1996, 280 pp.

Kelsen, Hans. *Autobiografía* (1927, 1947). Editado por Matthias Jestaedt y traducido y presentado por Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia con la colaboración del Instituto Hans Kelsen, 2008

_____. *Forma de Estado y filosofía*. Parte de *Essays in legal and moral philosophie*. Ed. Por D. Reidel-1933. En: *Esencia y valor de la democracia* (1920 primera edición). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México: Colofón, 1992. p. 114

_____. *Los fundamentos de la democracia*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988.

_____. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.

Medellín Torres, Pedro (2005). *La imperceptible erosión del poder presidencial en Colombia*. En: Estudios Políticos número 26. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

Montesquieu (1748). *Del espíritu de las leyes*. Libro undécimo: *De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución*. México: Editorial Porrúa, 2001

Montoya Brand, Mario (2000). *La instrumentación política de la corrupción*. En: Estudios Políticos número 16. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín. pp. 103-117.

Reyes Forero, Germán. *Serán sancionados los médicos y odontólogos que se salgan de los parámetros de la racionalidad económica de los servicios de salud*. En: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia?p_id=23986617&p_siteid=37. Consultado el 5 de febrero de 2010.

Schmitt, Carl. *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

Stoppino, Mario. *Autoritarismo*. En: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (Coord.). *Diccionario de Política*. Décima edición en español. Madrid: Siglo XXI Editores, 1997. p. 125

Vélez Rendón, Juan Carlos (1995). *Modernización del Estado y administración pública: entre la burocratización y la tecnocracia*. En: Estudios Políticos número 6, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín. p. 75-95

Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. pp. 173-180.

Fuentes normativas

- Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, por medio del cual se declara una emergencia social.
- Decreto 074 de enero 18 de 2010, “[p]or medio del cual se introducen modificaciones al régimen del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -Fonsat-y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 126 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 127 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”.

- Decreto 128 de 21 de enero de 2010, “[p]or el medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 129 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 130 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”.
- Decreto 131 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del plan obligatorio de salud y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 132 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 133 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 120 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol”.
- Decreto 358 de 4 de febrero de 2010, “[p]or el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de 21 de enero de 2010”.
- Decreto 398 de 5 de febrero de 2010, “[p]or medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010”.