



El estado de emergencia social

ANDRÉS DE ZUBIRÍA SAMPER*

RESUMEN

En este ensayo se presenta la evolución histórica de los estados de excepción en Colombia, desde 1821 hasta la Constitución Política de 1991. También se centra en el estudio del estado de emergencia social decretado en el mes de diciembre de 2009 por el gobierno de Uribe Vélez, el cual se implementó algunos meses, pero, afortunadamente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-252/2010 declaró inexecutable el citado estado de excepción.

PALABRAS CLAVES: Constitución Política, estados de excepción, estado de emergencia social, fines del Estado, hechos sobrevinientes extraordinarios, perturbación del orden social, plan obligatorio de salud (POS).

Fecha de recepción: enero 29 de 2010

Fecha de aprobación: marzo 9 de 2010

ABSTRACT

The essay presents the historic evolution of the state of emergency in Colombia, from 1821 until the political constitution of 1991. It also studies the State of Social Emergency decreed in December 2009 by the government headed by President Uribe Velez, which was implemented for a few months. Fortunately, the Constitutional Court declared the aforementioned State unconstitutional through Sentence C-252/2010.

KEYWORDS: Political Constitution, states of exception, state of social emergency, Ends of the State, supervening extraordinary facts, disturbance of the social order, mandatory health plan.

* Abogado (Universidad Libre) e historiador (Instituto Universitario de Historia-Academia Colombiana de Historia). Cursos de postgrado en la Universidad de Salamanca (España) y la UNED (España). Profesor de la Universidad Autónoma, de la Universidad del Rosario y de los postgrados de la ESAP. Autor de más de una decena de libros, entre los cuales se destacan *¿Porqué la Constituyente?* (1990), *Fundamentos de la Constitución Política* (1992), *Constitución y descentralización territorial* (1994), *Estado nacional y autonomía local* (2002), y *Régimen político y presidencialismo* (2004).



Presentación

En el ensayo se analizan las principales características histórico-políticas de los regímenes de excepción en la historia nacional, partiendo desde los inicios de la vida republicana y la búsqueda de la conformación del Estado nacional (1821), hasta la coyuntura de la Asamblea Nacional Constituyente y la Carta Política de 1991. Finalmente, se centra en el estudio sistemático de las implicaciones de la declaratoria del estado de emergencia social por parte del gobierno del presidente Uribe, en las postrimerías del año 2009.

Antecedentes históricos

Durante el siglo XIX, en nuestro país, las diversas constituciones expedidas se refirieron en distintas disposiciones a situaciones de anormalidad jurídica, las cuales enunciamos:

- En la Constitución de 1821, se estableció que en situaciones de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad del Estado o por una invasión exterior y repentina, con previo acuerdo del Congreso Nacional, el Presidente puede dictar medidas extraordinarias que no

estuvieran comprendidas dentro de sus atribuciones ordinarias; y en caso de no estar sesionando el órgano legislativo asume las citadas facultades directamente con la obligación de convocarlo en forma inmediata; tales atribuciones estaban limitadas a los lugares y tiempo necesarios. (Art. 128)

- La Constitución formal de 1830 no contiene ninguna disposición expresa con respecto a situaciones de anormalidad jurídico-institucional.

- Después de la disolución de la mal llamada Gran Colombia (cuya denominación real fue República de Colombia), que implicaba la unión de tres antiguas colonias: la Nueva Granada, Venezuela y el Ecuador, al separarse estas dos últimas y conformarse como Estados independientes, se promulgó la Constitución de la Nueva Granada de 1832 que señaló que en casos de grave peligro por causa de conmoción interior o de ataque exterior que amenazare la seguridad de la República, el Gobierno Nacional convocaría al Congreso Nacional o, por receso de éste, al Consejo de Estado, para que le concediera, con la restricciones convenientes, algunas facultades especiales,

reguladas en el artículo 108, así:

1^a Llamar al servicio aquella parte necesaria de la guardia nacional;

2^a Negociar el pago anticipado que se considera indispensable de las contribuciones y rendimientos de las rentas (impuestos) nacionales, con el respectivo descuento, o para negociar o exigir por vía de empréstito una suma suficiente, siempre que no puedan cubrirse los gastos con las rentas ordinarias;

3^a Expedir, por motivos de afectación de la tranquilidad o seguridad del Estado nacional, órdenes de comparecencia o arresto contra los indiciados de algún delito, pudiendo interrogarlos o hacerlos interrogar, con la obligación de ponerlos a disposición del juez competente en un término no superior a 72 horas; y

4^a Conceder amnistías o indultos generales o particulares.

Si bien en la Constitución de 1843 no hay referencia expresa a estados de anormalidad institucional, se mantiene la atribución en cabeza del jefe del Poder Ejecutivo Nacional, para conmutar la pena de muerte (Art. 102).



• Durante la época de la denominada Revolución del Medio Siglo, con cambios en la dimensión política (creación de los partidos tradicionales, el liberalismo en 1848 y el conservatismo en 1849), en el ámbito económico (disminución de los aranceles aduaneros, supresión de la esclavitud, reducción de los resguardos indígenas y la llamada desamortización de bienes de manos muertas) y en el campo fiscal (cesión de la Nación a las provincias de algunas rentas nacionales como fueron el diezmo, el impuesto a los licores, los peajes provinciales, entre otros).

Al mismo tiempo, se expidió la Constitución de 1853, de corte Centro Federal, que otorgó amplia autonomía provincial y local, pero, tampoco consagró ninguna disposición sobre los estados de excepción, manteniendo la atribución al Presidente de la República para conceder amnistías o indultos generales o particulares, por algún grave motivo de conveniencia pública, prohibiéndola para los delitos comunes y para los empleados públicos por faltas cometidas en el ejercicio del cargo.

• En el inicio de la etapa Federalista se promulgó la Consti-

tución de 1858, dando paso a la mal denominada Confederación Granadina (ya que propiamente fue establecido un sistema federalista), la cual precisó como atribución del Presidente de la República, la de velar por la conservación del orden general y, al presentarse su perturbación, la facultad de emplear contra “los perturbadores” la fuerza pública del nivel nacional (de la “confederación”) o la de los estados miembros.

• La Constitución de Rionegro de 1863 tampoco reguló en forma expresa lo relacionado con situaciones de anormalidad institucional, a pesar de mantener como funciones del jefe del Ejecutivo Federal: 1ª) Impedir cualquier agresión armada de un estado de la Unión (en aquella época se conformaron nueve) contra otro de la misma o de una nación extranjera, y 2ª) velar por la conservación del orden general.

Sin embargo, la gran paradoja fue que en el campo formal no aparece ninguna norma jurídica constitucional para situaciones especiales (internas o externas), al tiempo que en la realidad se vivió una situación bastante conflictiva, que se materializó en los diversos desacuerdos

entre el ámbito Federal (la Unión) y los llamados estados soberanos: Magdalena, Bolívar, Panamá, Santander, Antioquia, Boyacá, Cundinamarca, Cauca y Tolima, pudiéndose destacar las guerras civiles de 1860-61, 1875 y 1885.

• Al entrar en crisis el modelo federal en el país, en la década de los años 80 del siglo XIX, surge el denominado Movimiento de la Regeneración encabezado por Núñez y Caro. Luego del triunfo militar sobre el ejército liberal (1885), se convocó a una Asamblea Constituyente a la que equívocamente se le dio el título de Consejo Nacional de Delegatarios, escenario donde se discutió la propuesta centralista y autoritaria de Rafael Núñez, materializada finalmente en la Constitución de 1886, la cual reguló en el artículo 121 los siguientes aspectos:

1º Se crea la figura del estado de sitio, referido a dos circunstancias: la guerra exterior y la conmoción interior;

2º El Presidente de la República, previa audiencia del Consejo de Estado (en aquel momento es un órgano asesor del Ejecutivo Nacional) y con la firma de todos los ministros, podrá declarar turbado el orden público en todo o parte del territorio nacional;



- 3° Se le otorgan facultades temporales especiales al Presidente, las señaladas en las leyes o en el Derecho de Gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento;
- 4° Al cesar las causas de la perturbación interior o el peligro exterior, deberá declararse restablecido el orden público, debiendo dar el Gobierno Nacional una exposición motivada de sus decisiones; y
- 5° Fue establecida una responsabilidad de las autoridades respectivas (Presidente y ministros), por el abuso cometido en el ejercicio de las facultades extraordinarias.

• Y, en la Reforma Constitucional de 1968 a la Carta de 1886, se hizo una distinción entre el estado de sitio (Art. 121), para casos de guerra exterior o conmoción interior, que facultan al Presidente para suspender leyes incompatibles con el restablecimiento del orden público y el estado de emergencia (Art. 122), cuando sobrevengan hechos distintos a la guerra exterior o a la conmoción interior, que perturben o amenacen perturbar el orden económico o social del país o que constituyan grave calamidad pública, para períodos



En Colombia la prolongación en el tiempo del estado de excepción no ha resuelto el desorden, sino que puede aún haberlo agravado, y sin duda ha deteriorado gravemente la figura del estado de sitio. Además, se ha convertido en una muleta para gobernar casi al margen del Estado de Derecho. Ha desordenado las estructuras institucionales, por los frecuentes cambios de orientación en la búsqueda de soluciones que no llegan, por la vía excepcional.

que sumados no podrán exceder de 90 días al año.

Los estados de excepción en la Constitución Política de 1991

Luego de la crisis institucional de nuestro país en las décadas de los años setenta y ochenta del siglo XX (narcotráfico, intensificación del conflicto

político-militar con las guerrillas, surgimiento de los denominados paramilitares, entre otras circunstancias), se convocó a un órgano especial de reforma: la Asamblea Constituyente de 1991 —que materializó un hecho (la séptima papeleta)—, en la cual convergieron diversos sectores políticos y sociales, que podríamos sintetizar en los de siempre (partidos tradicionales: liberal y conservador) y parte de los ex-



cluidos (la izquierda, los indígenas y movimientos cristianos no católicos), quienes en un lapso muy corto de tiempo discutieron la base del nuevo ordenamiento jurídico-constitucional: la Constitución Política de 1991, siendo relevante recordar las reflexiones del Informe-Ponencia para primer debate sobre el tema de la emergencia económica y social, el cual concluía así:

En los últimos 42 años, el país ha vivido 37 años en estado de sitio, convirtiendo una medida excepcional en un régimen permanente, pues de la Constitución, el único artículo cuya aplicación debería ser la excepción, es el artículo de más permanente aplicación. En vez de la excepción confirmar la regla, la excepción se vuelve regla.

Todos los proyectos votados, buscan la limitación en el tiempo de los estados de emergencia.

La discusión sobre si se puede limitar el tiempo de duración del estado o estados de emergencia, sin que hayan cesado las causas de perturbación del orden público, es claramente pertinente.

La lógica parece indicar que no debe limitarse el tiempo, pues no puede predecirse la duración de la perturbación. Pero la realidad demuestra que en Colombia la prolongación en el tiempo del estado de excepción

no ha resuelto el desorden, sino que puede aún haberlo agravado, y sin duda ha deteriorado gravemente la figura del estado de sitio. Además, se ha convertido en una muleta para gobernar casi al margen del Estado de Derecho. Ha desordenado las estructuras institucionales, por los frecuentes cambios de orientación en la búsqueda de soluciones que no llegan, por la vía excepcional.

Por ello la mayoría de la Comisión en acuerdo con el Gobierno, considera aconsejable limitar a un máximo plazo de un año, la vigencia del estado de excepción.

Por tanto, la Carta Constitucional de 1991 estableció los estados de excepción, que sumariamente enunciamos en sus características principales:

- a) El ESTADO DE GUERRA EXTERIOR (Art. 212, C.Pol./91), el cual se presenta cuando hay un conflicto bélico con otro(s) Estado(s) y se faculta al Gobierno Nacional para: repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad.

En tratándose de una guerra ofensiva, previamente el Senado de la República

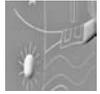
debe autorizar al Ejecutivo la declaratoria de guerra, y en caso de un conflicto defensivo, se deberán tomar las medidas para contrarrestar la misma.

A pesar del conflicto el Congreso Nacional debe seguir actuando y el Gobierno deberá informar sobre las medidas tomadas durante el uso de las facultades excepcionales.

Las normas expedidas por el Gobierno (decretos legislativos) pueden suspender las leyes incompatibles con el restablecimiento de la normalidad, su vigencia es temporal y la perderán al momento del levantamiento del mismo, pero, el Congreso Nacional en cualquier época puede reformar o derogar los citados decretos legislativos.

Y se le asigna a la Corte Constitucional el respectivo control jurídico sobre las normas expedidas en vigencia del Estado de Guerra Exterior.

- b) El ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR (Art. 214, C.Pol./91) en caso de grave perturbación del orden público interno, que atente de ma-



nera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser controlada con las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente junto con todos los ministros puede declararlo, en todo o parte del territorio nacional, por término no mayor de 90 días, prorrogables hasta por otros dos períodos de 90 días, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Al Gobierno Nacional se le asignan las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Las normas producidas por el Ejecutivo (decretos legislativos) pueden suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción interior y son de carácter temporal, a pesar de esto el Gobierno aún puede prorrogarlas hasta por 90 días adicionales.

El Congreso debe seguir actuando con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales y realizará el

Una de las mayores novedades de la Carta Constitucional de 1991, en nuestro país, fue el haber incorporado el concepto del Estado Social de Derecho (mecanismo para hacer efectivos los derechos formales), el cual supera al tradicional Estado de Derecho.

respectivo control político. Y, se le atribuye a la Corte Constitucional el control judicial de las normas del estado de excepción; y

- c) EL ESTADO DE EMERGENCIA (Art. 215, C.Pol./91), cuando sobrevengan hechos distintos a la guerra exterior o a la conmoción interior, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social o ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, el Presidente con todos los ministros puede declararlo por períodos hasta de 30 días sin exceder a los 90 días en el año calendario.

A través de la declaración, la cual debe ser motivada, el Gobierno Nacional puede dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Debe existir una relación de causalidad entre los decretos y el estado de emergencia y podrán, en forma transitoria (hasta el fin de la siguiente vigencia fiscal) establecer o modificar los tributos nacionales existentes.

El control político sobre las normas del estado de excepción le corresponde también ejercerlo al Congreso Nacional, el cual debe pronunciarse sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

Se estableció una responsabilidad del Presidente y de los ministros, tanto por acción como por omisión cometidos en el ejercicio de las facultades durante el estado de emergencia. Tampoco podrán desmejorarse los derechos sociales de los trabajadores.

Y, el control judicial de las normas del estado de excepción le corresponde a la Corte Constitucional, el cual es automático y oficioso.



En síntesis, existen cuatro causas para decretar el Gobierno Nacional el estado de emergencia: económica, social, ecológica, y por grave calamidad pública.

El Estado social de derecho y el estado de emergencia

Una de las mayores novedades de la Carta Constitucional de 1991, en nuestro país, fue el haber incorporado el concepto del Estado social de derecho (mecanismos para hacer efectivos los derechos formales), el cual supera al tradicional Estado de Derecho (sometimiento a las normas jurídicas), que se complementa con la noción del Estado democrático (tridivisión de los poderes o ramas, acceso a los principales cargos públicos nacionales y territoriales mediante elección popular, concurso público como regla general para acceder a la carrera administrativa, y sistema de pesos y contrapesos).

Como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en España:

La calificación de nuestra forma política como Estado social de derecho refleja la interacción entre Estado y sociedad e implica: el reconocimiento de derechos de carácter económico y social, la trascendencia social de los derechos de los ciudadanos y la ordenación por el Estado de instituciones sociales de interés público.¹

A su vez, la declaratoria del estado de emergencia social, por medio del Decreto 4975 de 2009 del Gobierno Nacional del Presidente Uribe se contrapone al concepto del Estado social de derecho ya que en su normatividad se precisa:

Con el fin de conjurar la situación de urgencia a la que se hace referencia en la parte motiva del presente Decreto e impedir la extensión de sus efectos, declárese el Estado de Emergencia Social en todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de esta declaratoria.²

pero dicha situación de urgencia a sido motivada en gran medida por el propio Estado a nivel nacional, ya que éste es el mayor deudor del sector salud público y privado y, por ello el precitado

estado de anormalidad vulnera en forma directa uno de sus fines principales, como ha sido destacado por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional:

garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.³

Como fundamento a la declaratoria del estado de emergencia social, el Ejecutivo Nacional arguye ahora razones de tipo económico-fiscal, bajo el supuesto

Que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en la Ley 100 de 1993 ni fueron incorporados en los cálculos económicos realizados para la aprobación de la misma, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando, de mane-

1. STC 18/1984.

2. Constitución Política, 1991, artículo 1.

3. SU-747/98. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.



La motivación del Gobierno Nacional para la declaratoria de la Emergencia Social es una circunstancia de tipo estructural, ya que en la Ley de Seguridad Social se establecieron unos recursos económico-fiscales para la atención de la salud.

ra sobreviniente e inusitada lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema,

lo que en la práctica significa que existen causas de tipo estructural que el propio Gobierno reconoce veladamente, ya que el denominado No POS (Plan Obligatorio de Salud) no se incluyó en la Ley de Seguridad Social (Ley 100/93).

Entonces, los hechos que generaron el establecimiento del estado de emergencia social son totalmente previsibles (inexistencia de recursos económicos para el No POS), por ello la vía más expedita es que el Gobierno Nacional presente un proyecto de ley al Congreso para modificar la Ley de Seguridad Social (Ley 100/93) y, por ende, incorpore en sus disposiciones normativas el mecanismo para

la obtención de medios económicos para cubrir los servicios y medicamentos del llamado No POS y no como sucedió con el Decreto 4975/2009, utilizar un mecanismo extraordinario como lo es el de recurrir a las atribuciones del artículo 215 de la Carta Constitucional, ya que este último está previsto únicamente para hechos

que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social o ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública. (El destacado es nuestro)

Los fines del Estado y la emergencia social

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Carta Política de 1991:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares,

debiéndose destacar la parte final de la norma superior, los deberes sociales del Estado.

Sin embargo, al confrontar el texto enunciado con el Decreto 4875 de 2009 que decretó el estado de emergencia social en el país, nos encontramos que, por el contrario, la norma citada en vez de cumplir cabalmente con los deberes sociales estatales, lo que hace es incentivar y/o delegar en los particulares la prestación del servicio público de salud.



Al fundamentar el Gobierno Nacional el estado de emergencia social (Decreto 4975/2009), señala:

Que, en efecto, tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores y agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud *incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco a la propia capacidad socio-económica de los pacientes,* con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema (destacado fuera del texto),

pero, el Ejecutivo en lugar de cumplir con su obligación constitucional de hacer efectivo los deberes sociales del Estado, lo que hace es responsabilizar al sistema público y privado de la situación de crisis del mismo, en vez de asumir su responsabilidad superior.

Otra de las argumentaciones del Gobierno Nacional para decretar el estado de excepción se sustenta en

(...) Que, la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los *procedimientos y mecanismos para su distribución y giro, establecidos en la ley, resultan insuficientes lo que conlleva a ineficiencias y desvíos, que perjudican a los diferentes agentes del Sistema, y hacen más costosa la financiación del mismo,* poniendo aún más en evidencia la grave situación de iliquidez en las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que amenaza al goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos (subrayado por fuera del texto).

en donde nuevamente se evidencia una total ausencia de compromiso de la cabeza del Ejecutivo en asumir plenamente los deberes sociales del Estado, puesto que si como señala el precitado considerando del Decreto 4975 de 2009, la normatividad legal vigente (Ley 100 de 1993 y Ley 1222 de 2007) es insuficiente en los procedimientos y mecanismos de distribución y giro de los recursos para la salud, lo pertinente en este caso no era recurrir al mecanismo de la declaratoria del estado de emergencia social, que fue lo que ocurrió con el Decreto 4975/2009, sino al contrario,

debería haber procedido a presentar un proyecto de ley al Congreso Nacional para modificar y adecuar la normatividad vigente y ponerla a tono con las necesidades actuales del Sistema de Seguridad Social en Colombia, regulado a través de la Ley 100/93 y la Ley 1222 de 2007 y, de esta manera, reiteramos, cumplir con los deberes sociales del Estado.

Vulneración de las causas para la declaratoria del estado de emergencia social

De acuerdo con lo establecido en el artículo 215 de la Carta Constitucional de 1991 y la respectiva Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994), existen unos requisitos para que sea viable la declaratoria del estado de emergencia social, los cuales son los siguientes:

1° Deben ser hechos diferentes al estado de guerra exterior (Art. 212, C.Pol./91), un conflicto de tipo bélico con otro(s) Estado(s) y al estado de conmoción interior (Art. 213, C.Pol./91), por grave perturbación del orden público interno, es decir, por un conflicto político-militar en el orden nacional;



- 2° Los hechos deben perturbar o amenazar perturbar el orden económico, social, ecológico o grave calamidad pública;
- 3° Existe como límite temporal, su uso en períodos hasta de 30 días, los cuales no pueden superar los 90 días del año calendario;
- 4° La declaratoria deberá ser motivada por el Gobierno Nacional;
- 5° El Ejecutivo (Presidente de la República y todos los ministros del despacho), debe motivar la integridad de las normas expedidas: Decretos con Fuerza de Ley;
- 6° La finalidad de las normas expedidas está restringida a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos;
- 7° Los decretos deberán tener relación de causalidad con el motivo de la declaratoria del estado de emergencia;
- 8° Se faculta al Gobierno Nacional para crear o modificar los tributos (impuestos) existentes, pero, de manera temporal, hasta el fin de la siguiente vigencia fiscal;
- 9° El control político le corresponde ejercerlo al Congreso Nacional;
- 10° Se establece una responsabilidad jurídica en cabeza del Presidente de la República y de todos los ministros del despacho, tanto por acción, como por omisión en el ejercicio de sus funciones;
- 11° Se estableció como limitante, el que el Ejecutivo no puede desconocer en los respectivos decretos, los derechos sociales de los trabajadores; y
- 12° El control jurídico le corresponde ejercerlo a la Corte Constitucional, siendo este de tipo automático y oficioso.
- Pertinente resulta traer a colación la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, sobre la naturaleza que debe tener el hecho sobreviniente que fundamenta la declaratoria del estado de emergencia social, cuando señala:
- El hecho sobreviniente que habilita al Presidente para apelar a las facultades especiales que se derivan de la declaración de emergencia, no puede, en consecuencia, ser de cualquier naturaleza. Desde distintos aspectos la Constitución Política y la ley estatutaria, lo califican. En realidad, no podía ser de otra manera si se repara en los efectos jurídicos que se asocian

al mismo, los que tienen que ver con la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. El estado de emergencia puede, en este sentido, autorizar al ejecutivo a regular materias íntimamente ligadas a la representación política y a la deliberación democrática, como son las relativas al presupuesto y a la imposición de tributos. Se comprende que *sólo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario cuyos efectos perturbadores o amenazantes del orden económico, social o ecológico, sean graves e inminentes, y que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, se pueda acudir al método excepcional de gobierno monocrático de la economía que se conoce con el nombre de estado de emergencia.*⁴ (El destacado es nuestro)

Ahora, confrontaremos la condición para la declaratoria del estado de emergencia social, establecido en nuestro ordenamiento jurídico (Art. 215, C.Pol./91 y Ley 137 de 1994) y la Jurisprudencia precitada que se concreta en que los hechos sobrevinientes deben ser de carácter extraordinario.

4. Sentencia C-122/97. Magistrados Ponentes: doctores Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, 12 de marzo de 1997.



La motivación establecida por el Gobierno de Uribe II para establecer el estado de emergencia social a través del Decreto 4975 de 2009 es la siguiente:

Que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud comprometen de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida.

Entonces, lo que sucede es que la motivación del Gobierno Nacional para la declaratoria de la Emergencia Social es una circunstancia de tipo estructural, ya que en la Ley de Seguridad Social (Ley 100 de 1993 y Ley 1222 de 2007) se establecieron unos recursos económico-fiscales para la atención de la salud, siendo sus fuentes principales las siguientes:

a) En el régimen contributivo, a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo

financiado directamente por el afiliado o en concurrencia su empleador (Ley 100/93, Art. 202); y

b) El régimen subsidiado se financia así: 15 puntos de las transferencias de inversión (Ley 60/93, Art. 22, hoy regulada en la Ley 715/2001 y la Ley 1176/2007); los recursos propios y aquellos provenientes de Ecosalud (hoy ETESA) que los departamentos y municipios destinan al régimen de subsidios en salud; los recursos del situado fiscal (hoy Sistema General de Participaciones, SGP) y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las intervenciones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado; los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) que se describen en el artículo 221 de la Ley 100/93; y el 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta de la producción de las empresas de la industria petrolera causada en

las zonas de Cupiagua y de Cusiana (Departamento del Casanare).

Por lo tanto, si el Gobierno Nacional argumenta como fundamento de la declaratoria del estado de emergencia social (Decreto 4975/2010) que se

comprometen de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

de ninguna manera esto se constituye en un hecho sobreviniente de carácter extraordinario. Muy por el contrario, esta situación de tipo económico-fiscal, era totalmente previsible por el Ejecutivo, ya que, como se ha señalado, la normatividad vigente desde el año de 1993, fue expedita en la asignación de recursos, tanto en el régimen contributivo, como en el régimen subsidiado y, por ende, jamás es una situación de tipo extraordinario.

Se concluye de lo expuesto, que los hechos que motivan la declaratoria del estado de excepción por parte del Gobierno Nacional en el Decreto 4975 de 2009 son previsibles, ya que resultan de



la aplicación de las normas jurídicas vigentes (Ley 100/93 y Ley 1222/2007) y, por ende, no son hechos sobrevinientes de carácter extraordinario, razón esta última necesaria y suficiente para el establecimiento de la emergencia social en nuestro país y, por tanto, el mecanismo más expedito que tiene aquel es presentar un proyecto de ley al Congreso Nacional, con el fin de proceder a reformar la varias veces citada normatividad del Sistema General de Salud (Ley 100 de 1993 y Ley 1222 de 2007).

Otro de los motivos alegados por el Gobierno Nacional para la declaratoria del estado de emergencia social, fue:

Que las dificultades expresadas por las entidades territoriales han tenido un efecto directo en las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional. En efecto, según la información reportada por Gestarsalud, entidad que agremia a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, en marzo de 2009, las cuentas por cobrar

de sus entidades asociadas a las entidades territoriales por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ascendía a \$3.726 millones.

Pero, lo que sucede en la realidad es que el principal deudor con el sector de la salud en Colombia es el Estado (la Nación y las entidades territoriales), como se desprende de los análisis económicos, en razón a que para

Los estados de excepción constituyen, como ya lo expresó la Corte, el “último recurso” al cual se puede acudir con miras a conjurar una situación de crisis.

el año 2009, la deuda en mora (más de 60 días) a los hospitales y clínicas nominalmente es por la suma de 1,8 billones de pesos. Sin embargo, para la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC), en esa cifra sólo se relaciona el pasivo con sus afiliados, los cuales representan la cuarta parte de las camas

hospitalarias de todo el país, pues la deuda total ascendería a la astronómica suma de 2,1 billones de pesos, la cual corresponde al 61,2 por ciento de la cartera total de las 115 IPS que al finalizar el primer semestre del 2009 reportaron a la ACHC, y como lo señala la precitada entidad gremial:

El sector público es el rey de la morosidad: 947.142 millones de pesos, es decir, que por cada 1.000 pesos del total de la deuda vencida, 451 pesos son su responsabilidad, que aumentarían si se incluyera la Nueva EPS, que tiene pagos atrasados cercanos a 270.000 millones de pesos⁵.

Es decir, el consolidado de deuda pública con el sector salud ascendería a más de 1,2 billones de pesos, sobre la mora global (sector público y privado) de 2,1 billones de pesos. Mientras que, por su parte, la deuda morosa del sector privado ascendía a 854.311 millones de pesos, que representa sólo 407 de cada 1.000 de la deuda total sin pagar a tiempo a los hospitales y las clínicas, corre por cuenta de los particulares, principalmente las Empresas Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo.

5. Diario *Portafolio*, 27 de diciembre de 2009, pág. 5.



Debe precisarse que la Nueva EPS es una entidad de carácter mixto. Fue constituida en el año 2007, como una entidad promotora de salud del régimen contributivo (Resolución No. 371 de 2008, Superintendencia Nacional de Salud), que reemplazó a la EPS del ISS, cuyos accionistas son: por parte del sector público, la Positiva Compañía de Seguros, S.A., Empresa Industrial y Comercial del Estado (EICE) del orden nacional (vinculada desde abril de 2008), y por parte del sector privado, las cajas de compensación familiar Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfandi.

Se deduce de lo expuesto que jamás el Gobierno Nacional puede argumentar razones económico-fiscales para decretar el estado de emergencia social (Decreto 4975 de 2009), ya que él es el directamente responsable de más del 50 por ciento de la deuda total con los hospitales y clínicas del país (debe más de 1,2 billones, sobre una deuda global, pública y privada, de 2,1 billones de pesos) y, por ende, carece totalmente de justificación recurrir al estado de excepción señalado, porque es quien genera buena parte de una causal de

déficit fiscal, luego no puede basarse en la misma para utilizar el estado de emergencia social, ya que vulnera en forma manifiesta el condicionante establecido en nuestro ordenamiento jurídico (Art. 215, C.Pol./91, Ley 137 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional), de que las causas que motiven el estado de anomalía deben ser hechos sobrevinientes de carácter extraordinario, circunstancia que en el caso que nos ocupa no ha sucedido.

Reste recordar la aguda interpretación realizada por la H. Corte Constitucional cuando decidió la inexecutable del Decreto No. 80 de 1997 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social” del entonces Gobierno del Presidente Samper Pizano (1994-1998); en aquella oportunidad el suscrito actuó como impugnante de la norma citada, concluyendo:

De la Constitución y de la ley estatutaria de los estados de excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen

el sistema económico, social o el ambiente. La plenitud del Estado de Derecho y de los mecanismos y formas que le son propios, sufrirían grave menoscabo si fácilmente pudiese soslayarse su curso ante cualquier dificultad o problema de cierta magnitud, pretextando razones de eficacia. Sin dejar de desconocer que el ordenamiento jurídico puede disponer de órganos y mecanismos para responder de manera pronta e idónea a los eventos negativos que pongan en peligro el orden económico o social, desde ahora cabe descartar de plano que un supuesto criterio de eficacia pueda anteponerse al principio de subsidiariedad ya esbozado. En este último caso, el poder del Presidente de la República, carecería de límites constitucionales y la oportunidad y alcance de la democracia y del Estado de Derecho, quedarían librados a un juicio suyo enteramente discrecional sobre su conveniencia en cada vicisitud del discurrir colectivo. Los estados de excepción constituyen, como ya lo expresó la Corte, el “último recurso” al cual se puede acudir con miras a conjurar una situación de crisis, justamente porque este representa un instrumento que reduce el ámbito de la democracia y las libertades y, además, porque los órganos del Estado y las autoridades competentes tienen el deber primario de gobernar dentro de la normalidad y con las herramientas a su disposi-



ción, que no son pocas y cuya utilización diligente y eficiente puede tener la virtualidad de enfrentar eventos críticos y agudos ya sea en un sentido preventivo o correctivo. El pensamiento que inspiró al constituyente en esta materia fue el de limitar los estados de excepción a las situaciones extremas, que no pudieren ser resueltas satisfactoriamente a través de los medios ordinarios.⁶

A modo de conclusiones

Hay que señalar que en el mes de abril de 2010 y por unanimidad, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del Decreto

4975 de 2010 (C-252/2010), tal y como se señaló en el presente capítulo, porque los hechos que motivaron su declaratoria no eran sobrevinientes o excepcionales, ya que los problemas del sistema de salud en nuestro país tienen unas causas estructurales que vienen, al menos desde la Ley 100 de 1993 y, por ello, será el Congreso Nacional, el escenario natural, donde se deben discutir los cambios a su régimen.

Esperamos que de la reflexión realizada en torno a la temática de la utilización de la figura de la anomalía jurídica a lo largo

de nuestro trasegar histórico, quede como inquietud el que los gobernantes recurran a la misma sólo en situaciones de agudización de la problemática política, económica y social; por ello, la mejor defensa de la Democracia es profundizar la participación de los diversos sectores del país como antesala de la resolución del problema central: que los derechos individuales y colectivos que aparecen esbozados en las normas superiores (el Derecho formal), puedan realizarse en la vida concreta y cotidiana (el Derecho real), bajo el supuesto de la conquista de la utopía de la paz en el siglo XXI. ☺

6. C-122/97. Magistrados Ponentes: doctores Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, 12 de marzo de 1997.