

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

## Vicisitudes del derecho fundamental a la salud en Colombia período 2020-2021 su enfoque y las incidencias en su limitación\*

Vicissitudes of the fundamental right to health in Colombia period 2020-2021 its approach and the incidences in its limitation

Gabriel Jaime Agudelo Gutiérrez<sup>1</sup> ✉

\* El presente escrito es resultado del trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de Magister en Seguridad Social de la Universidad CES, está adscrito al Grupo de Estudios Jurídicos en la línea de investigación Derecho Laboral, Seguridad Social y Responsabilidad Médica y fue dirigido por el doctor Christian David Rivera Aguirre.

<sup>1</sup> Filósofo UdeA, abogado Universidad CES, magister en filosofía UPB, magister en Seguridad Social Universidad CES, doctor en filosofía UPB.

**Forma de citar:** Agudelo Gutiérrez, G.J. (2023) "Vicisitudes del derecho fundamental de la salud en Colombia período 2020 - 2021: su enfoque y las incidencias en su limitación". *En: Revista CES Derecho*. Vol. 14. No. 2, mayo a agosto de 2023. pp. 5-22. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7104>

### Resumen

En Colombia es frecuente que, en las prácticas de la atención en salud, la fundamentalidad del derecho a la salud experimente afectaciones con importantes consecuencias sociales asociadas, de allí que, en coherencia con lo manifestado, el objetivo de este trabajo investigativo sea evidenciar las vicisitudes del derecho fundamental a la salud en Colombia derivadas de la declaratoria del Estado de Excepción por Emergencia Económica, Social y Ecológica (EEEESE), las declaratorias de Emergencia Sanitaria (ES) y las Alertas Rojas Hospitalarias (ARH) a que obligó la pandemia del COVID-19 en el período 2020-2021. En adherencia con lo planteado este desarrollo investigativo implicará una metodología que, apuntalada en el proceder hermenéutico, en razón, a la esencia interpretativa de las fuentes que lo sustentan, posibilite un análisis crítico-argumentativo de documentos de índole jurisprudencial devenidas de los archivos del Congreso y la Corte Constitucional, normativa de los entes gubernamentales involucrados en el manejo de la pandemia, además de textos jurídicos y filosóficos contentivos de desarrollos relacionados con el objeto de este escrito de tal manera que, transversalizados con el informe de "El estado de los derechos en estado de emergencia" de la Procuraduría General de la nación, permitan evidenciar los sucesos que fueron adversos a la idea de fundamentalidad que acompaña al derecho a la salud materializadas en actuaciones de índole jurídica por parte de los distintos operadores que desde el nivel nacional o territorial plantean una dicotomía entre un Estado garante de la salud como derecho fundamental y un Estado donde esa garantía admite, circunstancialmente el epíteto de "mera lírica constitucional" en los términos a los que, en sus tesis, hace referencia Alexy.

**Palabras claves:** derecho a la salud; emergencia sanitaria; garantías constitucionales; principio de exclusión discursivo.

### Abstract

In Colombia it is frequent that, in the practices of health care, the fundamentality of the right to health experiences affectations with important associated social consequences, hence, in coherence with what has been stated, the objective of this investigative work is to demonstrate the vicissitudes of the fundamental right to health in Colombia derived from the declaration of the State of Exception due to an Economic, Social and Ecological Emergency (EEEESE), the declarations of Health Emergency (ES) and the Hospital Red Alerts (ARH) that the COVID pandemic forced -19 in the period 2020-2021. In adherence to what has been stated, this investigative development will imply a methodology that, propped up in the

hermeneutical procedure, due to the interpretative essence of the sources that support it, enables a critical-argumentative analysis of documents of a jurisprudential nature from the archives of the Congress and the Constitutional Court, regulations of the government entities involved in the management of the pandemic, in addition to legal and philosophical texts containing developments related to the purpose of this writing in such a way that, transversalized with the report "The state of the rights in a state of emergency" of the Office of the Attorney General of the nation, allow to demonstrate the events that were adverse to the idea of fundamentality that accompanies the right to health materialized in actions of a legal nature by the different operators that from the national level or territorial pose a dichotomy between a state that guarantees health as a fundamental right and a State where this guarantee circumstantially admits the epithet of "mere constitutional lyric" in the terms to which Alexy refers in his theses.

**Keywords:** right to health; health emergency; constitutional guarantees; discursive exclusion principle.

## Introducción

Las enfermedades transmisibles a nivel local, regional y mundial, que dan lugar a las ya experimentadas epidemias y pandemias son y van a ser amenazas a la existencia humana cada vez más frecuentes, en razón a ello la garantía de la salud como derecho fundamental se constituye en uno de los problemas de mayor envergadura que tengan que enfrentar las políticas de salubridad de los Estados del mundo.

Políticas de salubridad puestas a prueba recientemente por la grave amenaza mundial del Covid-19 que obligaron, particularmente en Colombia, a que a partir del día 12 de marzo de 2020, una vez confirmados algunos casos de connacionales infectados, se declarara la emergencia sanitaria que se prolongó por el crecimiento escalonado de casos hasta el día 31 de agosto del mismo año; es decir, fueron 5 meses y 7 días de confinamiento total, continuo y estricto, no obstante, y ante a lo agresivo del virus del Covid-19 las medidas restrictivas a la circulación y la prohibición de aglomeraciones alcanzaron, desde el 1 de septiembre de 2020, un total de 1 año, 9 meses y 18 días como bien lo certifican las acciones acometidas por el gobierno nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social.

Acciones materializadas a través de una serie de decretos, resoluciones y circulares expedidas respectivamente, tanto por parte de los entes nacionales, como de los territoriales en el orden regional y local, todas ellas contentivas de afectaciones a derechos fundamentales tales como, el derecho a la salud, a la libre circulación, al acceso a la administración de justicia, al acceso a la información pública y de protección de datos y a la educación, específicamente cuando ha de activarse el recurso constitucional del EEEESE (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991) como alternativa para afrontar pandemias como la recientemente vivida en Colombia y el mundo del Covid-19.

Ahora bien, lo significativo no es que los derechos bajo el rótulo de fundamentales sufran naturales afectaciones por las obvias circunstancias especiales que plantean los estados de excepción, lo relevante para la reflexión es que esas afectaciones desborden los ideales constitucionales que hacen referencia a los sustentos jurídico-filosóficos de la fundamentalidad del derecho a la salud y superen abusivamente los alcances atribuibles al recurso legal del estado de excepción en su aplicabilidad práctica en las emergencias.

La presente investigación busca, a través del método hermenéutico, el cotejo de teorías filosófico-jurídicas, jurisprudencia y la visión de diferentes actores, no sólo aportar elementos teóricos que posibiliten la comprensión de los sucesos adversos que experimentó el derecho a la salud en su carácter de fundamental, sino abrir un espacio, desde la academia, a la crítica social y política cuando las decisiones públicas de los entes gubernamentales en materia de salud se toman a expensas de los usuarios del sistema que son, en últimas, quienes sufren los reales efectos.

## Metodología

*Enfoque.* Estudio documental con intención analítica, interpretativa, crítica y fuente primaria de información.

*Población.* Apoyados en el método cualitativo de corte hermenéutico se realizó un arqueo de documentación orientado por los propios hallazgos exigidos por el desarrollo de la investigación, ello necesariamente implicó adelantar una revisión sostenida y relativamente abierta de la literatura relacionada, sin pretender llegar a que se constituyera en un marco único y cerrado de interpretación y análisis de la información obtenida (Sandoval Casilimas, 2002), en coherencia con este principio orientador, se procedió a la selección de los documentos, en primera instancia, se recolectó jurisprudencia de la Corte Constitucional con el objeto, en primera instancia, de precisar las razones que llevaron al tribunal constitucional a declarar la exequibilidad de los DL 417 del 17 de marzo de 2020 y el 637 del 6 de mayo de 2020 que activaron la EEEESE a pesar de la petición de importantes organismos que solicitaban se revisara la constitucionalidad, fundamentalmente, del Decreto Legislativo 417, en segunda, con el fin de complementar algunos conceptos jurídico/filosóficos que movilizan el objeto de esta investigación, se revisaron a su vez, los decretos, de manera puntual, aquellos que expedidos por el Ministerio de Interior al restringir derechos fundamentales como la libre circulación y la recreación terminarían afectando el derecho fundamental a la salud, sumado a ello se escogieron las resoluciones gubernamentales a nivel nacional expedidas en el marco de la pandemia por Covid-19 en los años 2020 y 2022 por parte del Ministerio de Salud y Protección Social sobre el Plan de Acción en Salud en etapas de Contención y Mitigación y las declaratorias de ES y sus prórrogas y a nivel regional a través de las gobernaciones departamentales que, a través de continuas declaraciones de ARH limitaron el derecho fundamental a la salud en aras, irónicamente, de salvaguardar la salud.

El mencionado arqueo se transversalizó con doctrina jurídica y algunos textos filosóficos con el objeto de dotar de sentido las ideas y los argumentos, que son sustento del desarrollo de esta investigación, por último, se tuvo en cuenta el informe de la Procuraduría General de la Nación acerca del estado de los derechos en estados de excepción y el sitio web del Senado de la República con el objeto de consultar el proyecto de Ley 010 de 2020 mediante el cual se pretendía una reforma al sistema de salud y donde se incluía la figura de ES en aras de hacer visible, no sólo, el estado de lesión del derecho fundamental a la salud, sino, evidenciar los abusos que resultan de la lectura autoritaria de la constitución en donde supuestamente en aras de proteger un derecho, en principio, se termina violando el derecho.

*Recolección de la información.* La documentación referida a jurisprudencia, decretos, resoluciones e informes se recolectó a través de los sitios web de la Corte Constitucional, de la Procuraduría General de la Nación, del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Gobernación de Antioquia, la que hace referencia a doctrina y textos jurídicos y filosóficos se recolectó a través del material bibliográfico consultado en las Bibliotecas de la universidad CES, de Antioquia y Pontificia Bolivariana y de propiedad del autor de este escrito investigativo.

*Análisis de la información.* Para el análisis documental se tomaron como *fuentes primarias* las sentencias, los decretos, las resoluciones en los sitios web debidamente habilitados (Corte Constitucional y el Sistema Único de Información Normativo), los archivos del Congreso de la República, en razón al proyecto de ley mencionado. Como *fuentes secundarias* se revisaron artículos académicos, trabajos de investigación sobre la temática, doctrina y textos de índole filosófica y se giró en torno a las palabras claves ya citadas pertinentemente en este escrito.

## Resultados

### Actores vinculados a la activación del estado de excepción

La pandemia por Covid-19 que activó con carácter de urgencia el instrumento constitucional de EEEESE y las constantes declaratorias de ES y de ARH hizo confluír un grupo de actores que, representantes de los entes nacionales o territoriales en los distintos sectores gubernamentales y del sistema de salud, se vieron obligados a acoger decisiones tendientes a contrarrestar los gravosos riesgos de un virus agresivo con un crecimiento exponencial bastante significativo.

Desde el nivel nacional el actor preponderante fue el Ministerio de Salud y Protección Social como representante legal autorizado por el gobierno quien acogió una serie de medidas tendientes a la defensa de la salud como derecho humano fundamental; desde el nivel territorial los actores por excelencia fueron los gobiernos departamentales y municipales quienes, teniendo en cuenta las consideraciones de las Secretarías Seccionales de Salud, actuaron en correspondencia con el petito del Gobierno Nacional en defensa de la salud de la población.

Las acciones del Gobierno Nacional y de los gobiernos, regionales y locales, para hacer frente a la pandemia se materializaron, dentro del marco de una política de salubridad, en un serie de actos jurídicos que resultan significativos porque afectaron directamente el derecho a la salud, desde el ámbito de su administración, específicamente en lo que hace referencia al control del sistema en cuanto con dichos proceder se despojó temporalmente de su competencia a los entes de control del sistema de salud legalmente autorizados para centralizarlas, por las naturales circunstancias de la pandemia, en los gobiernos, nacional, regionales y locales.

Con la realidad de la epidemia del Coronavirus (Covid-19) a nivel internacional que, a partir del 7 de enero de 2020 obligó a la declaración de una Emergencia de Salud Pública por parte de la Organización Mundial de la Salud en razón a que su trasmisibilidad planteaba una volatilidad inmanejable en su esparcimiento al punto que, solas gotas respiratorias al toser o estornudar incrementaban los contagios, Colombia, responsable de la salud de sus pobladores expide el 10 de marzo, a través de su Ministerio de Salud y Protección Social, la Resolución 380 (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 00380 de 2020) donde adopta una serie de medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas cuyo objeto es prevenir y controlar la propagación de la señalada epidemia, complementada el 12 de marzo con la Resolución 385 (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 385 de 2020) en donde declara la ES en todo el territorio nacional para enfrentar la agresividad del virus.

Posteriormente, el 24 de marzo se expide la Resolución 502 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020) en la cual se adoptan los *Lineamientos para la Prestación de los Servicios de Salud durante las Etapas de Contención y Mitigación de la Pandemia por Sars-Cov-2 (Covid-19)* (Ministerio de Salud y Protección Social, PSS01 de 2020) consolidados mediante su publicación en la página web del Ministerio de Salud y Protección Social en el mes de julio, adheridas a la expedición de una serie de resoluciones tendientes a establecer los protocolos de bioseguridad por sectores económicos, sociales, culturales y del Estado, se toman una serie de medidas que consisten en la prórroga escalonada de la ES desde la expedición de la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 00844 de 2020) hasta la 666 del 28 de abril de 2022 (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 00666 de 2020) que extiende la medida hasta el 30 de junio de 2022.

El 17 de marzo de 2020 el Presidente de la República mediante el decreto 417 (Presidencia de la República, Decreto 417 de 2020) declara el EEEESE en todo el territorio nacional por un período de 30 días, declaración que se implementará nuevamente mediante el decreto 637 del 6 de mayo de 2020 (Presidencia de la República, Decreto 637 de 2020) por un término de 30 días calendario a partir de su publicación.

A continuación, el 18 de marzo, con la expedición del decreto 418 (Presidencia de la República, Decreto 418 de 2020) se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público asignándole la dirección, en el marco de la ES, al Presidente de la República, además de una serie de decretos posteriores que, desde el 457 del 22 de marzo de 2020 (Presidencia de la República, Decreto 457 de 2020) hasta el 655 del 28 de abril de 2022 (Presidencia de la República, Decreto 655 de 2020), imparten instrucciones y ordenan aislamiento preventivo obligatorio y restricción de la movilidad, desde el carácter preventivo hasta el selectivo, para todas las personas habitantes del territorio nacional en virtud de la pandemia.

En coherencia con la normativa del ejecutivo los órdenes departamentales y municipales en cabeza de gobernadores y alcaldes hacen lo propio y comienzan a expedir sendos decretos en los que, sumadas a las

restricciones a la movilidad, resultaba significativo para el análisis y la reflexión la declaración de continuas ARH que, si bien es cierto fueron en determinado momento necesarias y útiles, su postergación temporal pudo haberlas convertido en impertinentes y por demás riesgosas para aquellos pacientes que, con otras enfermedades, debieron suspender sus tratamientos y aplazar sus cirugías en razón a que en ellas resaltan como afectación al derecho fundamental a la salud, entre otras, las siguientes:

- La suspensión temporal por parte de las Redes Prestadoras de Salud de todo tipo de procedimiento de cirugía ambulatoria y electiva programada no urgente o diferible con o sin internación.
- La suspensión temporal de la autonomía y las competencias de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y las Secretarías Seccionales de Salud que de él hacen parte, para asignárselas exclusivamente al Presidente de la República y a los órdenes territoriales que hacen parte del ejecutivo.

### **El Congreso de la República y el proyecto de Ley 10 de 2020**

El 20 de julio de 2020 un grupo de Congresistas radicó un proyecto de Ley mediante el cual se buscaba dictar algunas disposiciones para garantizar el derecho fundamental a la salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, aunque se hacía énfasis en la garantía del derecho a la salud, resaltaban como significativas en él, con carácter de cuestionamiento, dos someras consideraciones, entre las muchas que pueda tener el proyecto, y que con intenciones mercantilistas afectan la fundamentalidad del derecho a la salud.

La primera, materializada en el artículo 11, Parágrafo 4, al decir que: “Las personas tendrán el deber de seguir los lineamientos del autocuidado establecidos en la ruta de promoción y mantenimiento de la salud y la ruta materno- perinatal, al igual que las recomendaciones dadas por el personal de salud como parte gestión integral del riesgo, la adherencia al tratamiento, el cumplimiento de citas y otras que puedan afectar la salud.

El cumplimiento o incumplimiento de tales acciones se reflejará en las cuotas moderadoras, según la reglamentación que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social y en otras medidas de estímulo.”

Si se trata de la garantía del derecho fundamental a la salud el énfasis debe centrarse en la prevención y no en un sistema de premios y castigos sustentado en el tributo dinerario que no educa en salud.

La segunda, consignada en el artículo 16, que hace mención a las: “Aseguradoras en Salud. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) ajustarán su denominación legal a Aseguradoras en Salud (AS) atendiendo su objeto esencial definido en las Leyes 1438 de 2011 y 1122 de 2007.”

En esta segunda consideración, se expone con preponderancia el carácter mercantilista de esta intención normativa, el “promover” de la EPS exigía, por lo menos desde el nombre, fomentar la salud como ideal social y personal, el “asegurar” de la AS, aunque implica la previsión de riesgos, es escueta en hacerlo, pero bajo la impronta del capital.

La sola intención del proyecto, evidencia la necesidad de una reforma estructural al Sistema de Salud colombiano, no obstante es salubre adelantarle al interior de un debate pausado, amplio, pertinentemente documentado y bajo el tamiz de las experiencias de la pandemia, no obstante, despojada del velo de oscuridad con el que se hubiera cubierto su promulgación en Ley de la República con un Congreso y una población totalmente confinados.

## **Pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de las actuaciones del Gobierno Nacional y el Congreso de la República de Colombia en razón de la activación del estado de excepción EEEESE**

La Corte Constitucional se pronunció frente al EEEESE declarado por el Gobierno Nacional mediante los Decretos Legislativos 417 del 17 de marzo y 637 del 06 de mayo de 2020 a través de la sentencia C-145 de 2020 que declaró exequible el Decreto Legislativo 417, no obstante es de anotar que la decisión, con anuencia casi plena de la Sala deja expuesta una seria reflexión consagrada en el salvamento de voto ejercido por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos acerca de graves afectaciones al ejercicio del control constitucional y el control político fundamentales para la vitalización de esenciales principios de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho en tiempos de emergencia.

El primero, el sometimiento del Congreso de la República de Colombia al aislamiento preventivo obligatorio que prohibió reuniones de más de 50 personas muy a pesar del mandato constitucional consagrado en el numeral 3 del artículo 214 que indica que *“en los estados de excepción..., no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado”* (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), no obstante, se interrumpió y permitió la expedición de 73 Decretos Legislativos que privaron a un Congreso de la República enclaustrado, mermado en sus funciones y restado en el debate y la oposición de la capacidad de asimilación de la inflación normativa y del control y la participación activa en la definición de las leyes en el país que, con la expedición del Decreto 417 fechado el 17 de marzo y radicado el informe gubernamental en el Congreso de la República de Colombia sólo hasta el 30 de abril de 2020, hace evidente el agigantamiento del hiperpresidencialismo en Colombia (Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020).

El segundo, el sometimiento soterrado de las actuaciones del Tribunal Constitucional para que los efectos de sus decisiones llegaran dentro de la vigencia del EEEESE, en tanto, dada la cantidad de Decretos Legislativos, con características de maremagnum, expedidos por el ejecutivo, el juicio constitucional, ante cualquier medida legislativa que se exponga como inconstitucional, en tal velocidad, decidirá, como consecuencia natural, tardíamente y por fuera de la vigencia del estado de emergencia, 30 días según el artículo 215 superior, cuando ya los efectos de los decretos gubernamentales se habían materializado.

Por su parte la sentencia C-307 de 2020 que declaró exequible el Decreto Legislativo 637, destaca como relevante la aclaración de voto del magistrado Reyes Cuartas en la vía de ser enfático en alarmar frente a los peligros que representa la velocidad normativa que aprueba leyes que sólo acepta la razón ofuscada que habitualmente acompaña a las emergencias o amenazas, no obstante abrazar, eso sí, la pausa, la medida, el privilegio de las medidas estructurales, no viscerales, el rumiar nietzscheano, al decir que *“cuanto más grave es la situación, más pausado y reflexivo debe ser el proceso de decisión para superarla”* (Corte Constitucional, Sentencia C-307 de 2020).

El Congreso de la República de Colombia, diezmado ante la exorbitancia normativa, legislando virtualmente con todas las inconvenientes que ello connota expresó concepto favorable frente a la declaratoria estatal de emergencia por los riesgos de la pandemia, no obstante, su posición a no favorecer el proyecto de Ley 10 de 2020 (Congreso de la República, Proyecto de Ley 10 de 2020) que pretendía reformar el Sistema de Salud, impulsado por el Gobierno Nacional y avalado por las bancadas de congresistas al servicio de las políticas gubernamentales, se convierte en un juicio de razonamiento al interior del estado de hibernación que brinda un espaldarazo a la pausa, en un respaldo a los grupos sociales que acudieron masivamente a la protesta en las calles, a grupos del sector salud y de académicos que se declararon abiertamente contrarios al mencionado proyecto y que abrió la posibilidad a que se piense a futuro en una reforma a la salud que no la prive de sus fortalezas, eso sí que la consolide y la haga viable y sostenible en el tiempo.

## El informe de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación hace presencia en enero de 2021 con el informe sobre *El Estado de los Derechos en Estado de Emergencia* (Procuraduría General de la Nación, El estado de los derechos en estado de emergencia de 2021), en dicho informe se hace énfasis en dos asuntos de fundamental trascendencia jurídica, el primero puntualiza en que precisamente los decretos reglamentarios que restringieron la movilidad y las actividades sociales, económicas y culturales no se emitieron en el marco de las declaratorias del EEEESE de los Decretos Legislativos 417 y 637 de 2020, no obstante haber afectado directamente derechos fundamentales relacionados, entre otros, con la salud y la movilidad de las personas.

El segundo hace referencia al cuestionable desempeño, en primera instancia, de la Corte Constitucional quien a pesar de las presiones de organizaciones e intervinientes de la sociedad civil en razón al control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 que declaró la primera ES y en donde se pedía se revisara la constitucionalidad del Decreto 457 de 2020 por su relevancia al afectar con contundencia derechos y libertades ciudadanas, decidió negar, no sólo, el control automático, sino el oficioso invocado por los ciudadanos esgrimiendo como argumento que, los decretos que ordenan aislamientos disponen del recurso de acción de nulidad por inconstitucionalidad ante juez contencioso administrativo regulado en el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dejando claro con dicho proceder que se está frente a la expedición de decretos gubernamentales que, al no ser de su competencia, hacen parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los términos del artículo 237 de la Constitución Política.

En segunda instancia, del Consejo de Estado quien decidió no avocar conocimiento del control inmediato de legalidad del Decreto 457 de 2020 apoyado en la idea de que dicho decreto no se fundaba en el EEEESE declarado mediante el Decreto Legislativo 417, sino en las competencias ordinarias de reglamentación y orden público que tiene el Gobierno Nacional y no en ejercicio de facultades extraordinarias o de emergencia, razón por la cual, no sólo se zafa de su responsabilidad constitucional, sino que le sirve como sustento para expresar que no ameritaba una análisis automático o de oficio que permitiera análisis de constitucionalidad y legalidad por parte de este ente de control constitucional.

En tercera instancia, del Congreso de la República de Colombia que, facultado por el artículo 215 constitucional, actuó mermado en sus funciones y sólo a través de la comisión accidental creada por el presidente de la Cámara de Representantes que, conoció del informe presentado por el Gobierno Nacional sobre las causas del EEEESE, se pronunció favorablemente sobre la declaratoria del señalado Estado.

Por último, hace el Procurador un llamado a que para futuras eventualidades que impliquen activar el dispositivo constitucional del EEEESE debe protegerse a la sociedad de la amenaza que pone en riesgo la vida y la economía, así como de la amenaza que pone en riesgo la democracia y los principios que la sustentan al decir, de la división de poderes, del equilibrio apoyado en el sistema de pesos y contrapesos y proveerse de elaboración normativa y jurisprudencial que limite pertinentemente y controle las acciones del Estado dirigidas directamente a impactar los derechos de las personas y la vida social y económica que, al arbitrio del ejecutivo, serán tan letales como el Covid-19.

## ***El estado del derecho fundamental a la salud según el informe de la Procurador General de la Nación***

El informe (Procuraduría General de la Nación, El estado de los derechos en estado de emergencia de 2021), básicamente en este aspecto, es considerablemente importante en cuanto bajo la premisa de protección a ultranza de la salud, se lesionó el derecho fundamental a la salud en los siguientes términos:

- Flexibilización y priorización de trámites y evaluación de registros sobre medicamentos y tecnología, además de autorización de ampliación a infraestructura de Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Promotoras de Salud para la prestación de nuevos servicios evidencia de permisividad del

Gobierno Nacional, su Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) se deja un margen de incertidumbre frente a la calidad de los productos directamente encaminados a garantizar el derecho a la salud e los usuarios.

- La destinación de los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET) creado por la ley 1438 de 2011, artículo 50 (Congreso de la República, Ley 1438 de 2011), con el objeto de asegurar el pago por parte de las Empresas Sociales de Estado (ESE), recursos que existían desde antes de la pandemia y que no provienen del Fondo Especial (FOME) creado para la mitigación de la pandemia mediante Decreto 444 de 2020 con el objeto de sufragar el flujo de recursos al sistema de salud, pone en grave riesgo la financiación del sistema en lo que tiene que ver con servicios diferentes a los derivados del Covid-19 (Valderrama Rueda, 2020).
- Los decretos emitidos por el Gobierno Nacional destinados a restringir la movilidad y la interacción social de las personas que afectaron directamente la salud física, mental y la economía, elevaron el estrés, la ansiedad y la depresión a niveles insospechados.
- Flexibilización del control e inspección de calidad de los servicios ofrecidos mediante la Resolución 617 del Ministerio de Salud y Protección Social (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 00617 de 2020) posibilitando un procedimiento expedito para la evaluación de los usos no incluidos en el registro sanitario de medicamentos para el tratamiento del Covid-19 y se autoriza la omisión de procedimientos de evaluación que eran exigidos antes sobre este tipo de usos en los artículos 95 y 96 de la Resolución 1885 de 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 001885 de 2018) y 44 y 45 de la Resolución 2438 de 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2438 de 2018).
- Frente al acceso y la oportunidad de la atención en salud en las etapas de mitigación y contención de la pandemia se restringieron los servicios de salud bucal no urgentes, la consulta externa en modalidad intramural para algunos procedimientos de promoción, prevención y servicios ambulatorios, las cirugías ambulatorias y procedimientos no urgentes, si bien loable el objeto de la restricción, agravó las enfermedades y enervó los padecimientos de pacientes que en realidad necesitaban de ese tipo de tratamientos.
- La atención domiciliaria y por telesalud para los grupos de mayor riesgo frente al Covid-19 en aras de salvaguardarlos implicó disminución de la calidad del servicio que, en tratándose de telesalud, enfrentó problemas de conectividad, analfabetismo informático y demás barreras de acceso a la atención en salud.
- La destinación de recursos del sistema de salud para atender la pandemia del Covid-19 se traduce en reducción de recursos para atender otras patologías.

En síntesis el informe de la Procurador General de la Nación da cuenta, a partir de un concienzudo estudio, que una pandemia como la experimentada no sólo puso en jaque la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano, sino que valida la reflexión acerca de la afectación a la fundamentalidad del derecho a la salud que, ante la premura y los retos de la amenaza queda, en su esencia, sensiblemente lesionado.

## Prolegómeno a la discusión

Los derechos fundamentales, desde los desarrollos teóricos de Alexy, por lo menos en España y algunos países de Latinoamérica, han progresado positivamente, en tanto en dichos países, entre los que se destaca Colombia, se giró en materia de ideas políticas hacia la consolidación de Estados Constitucionales, donde el reconocimiento de la dignidad humana y con ésta los derechos fundamentales, la atribución del carácter supremo de la

Constitución, del reconocimiento de los derechos fundamentales y la proclamación de los principios de del Estado de Derecho, del Estado Social y Democrático de Derecho y el establecimiento de la jurisdicción constitucional, los derechos fundamentales se sitúan en el centro del sistema que consolida estos Estados (Alexy, 2017).

Con la natural materialización de los derechos fundamentales en casos concretos, la aplicabilidad del principio de proporcionalidad comenzó a hacer presencia en la solución de específicos conflictos en los que han tenido que pronunciarse los respectivos Tribunales Constitucionales de cada país, dejando al descubierto sensibles reflexiones en lo referente al tema de las características que dotan de fundamentalidad determinado derecho.

Considerar aplicable el principio de proporcionalidad a un derecho fundamental establece relación de conexidad con la recepción de la teoría de los principios en los países que situaron los derechos fundamentales en el centro de sus sistemas políticos, al respecto hay sentencias hitos que dan cuenta real de la recepción de la señalada teoría, caso de la STC 66/1995 en España y la C-022/96 en Colombia, en ambas sentencias los Tribunales Constitucionales declararon que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante el principio de proporcionalidad, cuyo eje debe es la pregunta de si la intervención en los derechos fundamentales analizados, cumple las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o en los términos de las sentencias:

“si tal medida [es] *susceptible de conseguir el objetivo propuesto* -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, [es] *necesaria* en el sentido de que no [existe] otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma [es] *proporcionada, en sentido estricto*, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores n conflicto” (Alexy, 2017).

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.” (Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996).

El principio de proporcionalidad que, ha hecho presencia en las señaladas sentencias hito, apareja el criterio de la ponderación como instrumento eficaz para solucionar colisiones entre derechos fundamentales y en este sentido algunos Tribunales Constitucionales, caso de España en las sentencias SSTC 55/1996; 207/1996; 161/1997; 200/1997; 49/1999 y 136/1999 en donde el Alto Tribunal ha declarado que “ningún derecho fundamental es absoluto” (Alexy, 2017), por su parte en Colombia, mediante las sentencias C-578/1995 y 475/1997, se ha establecido que los derechos fundamentales, no obstante, su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y en esta medida permiten la *ponderación*, como fundamento legal para que el poder judicial intervenga en los derechos fundamentales.

La ponderación que, no escapa a la irracionalidad de la subjetividad, puede alcanzar estatus de racionalidad anclada en un procedimiento argumentativo en el que los enunciados de una particular situación que involucre un derecho fundamental, deriven lógicamente en un enunciado de preferencia o de mayor peso jurídico que pueda ser sustentable racionalmente, asunto que echando mano de las ideas de Alexy, pueden superarse acudiendo a soluciones que involucran la siguiente lógica argumentativa que dota de sentido el que alguien tenga derecho a algo.

Al respecto dice Alexy que los conceptos deónticos básicos son los de mandato, prohibición y permisión, si cada uno de estos conceptos se hace recaer en el sujeto que es en quien, en tiempos de ES, se harán recaer las órdenes, las prohibiciones y las permisiones, podría pensarse en enunciados como los siguientes:

**Enunciados deónticos**

(Mandato) (1) Está ordenado que <b>a</b> exprese su dolor	→	"O"
(Prohibición) (2) Está prohibido que <b>a</b> exprese su dolor	→	"F"
(Permisión) (3) Está permitido que <b>a</b> exprese su dolor	→	"P"

**Enunciados descriptivos**

La idea que mejor describe el caso narrado en los enunciados deónticos es:

"p" → **a** expresa su dolor (Enunciado radical) que, en otras palabras podría escribirse de la siguiente manera:

Es el caso que **a** expresa su dolor

Si se procede a reemplazar los enunciados deónticos y el enunciado descriptivo con las letras con los que fueron nombrados quedarían de la siguiente manera:

**Op** (Siendo **O** = Está ordenado y **p** = que **a** exprese su dolor)

**Fp** (Siendo **F** = Está prohibido y **p** = que **a** exprese su dolor)

**Pp** (Siendo **P** = Está permitido y **p** = que **a** exprese su dolor)

No obstante, existe también la posibilidad de que los señalados enunciados expresen la idea de otra manera, en tanto se relacionan los conceptos deónticos básicos mandato, prohibición y permisión, para este caso, por ejemplo, mandato y permisión, sin que esta otra manera altere su significado así:

Que esté ordenado que **a** exprese su dolor (**Op**) puede significar también que no está permitido que **a** no exprese su dolor ( $\sim P\sim p$ ).

De donde resulta que:

$$Op = \sim P\sim p$$

Por otro lado, si se relacionan prohibición y permisión, se tendría:

Que esté prohibido que **a** exprese su dolor (**Fp**) puede significar que no está permitido que **a** exprese su dolor ( $\sim Pp$ )

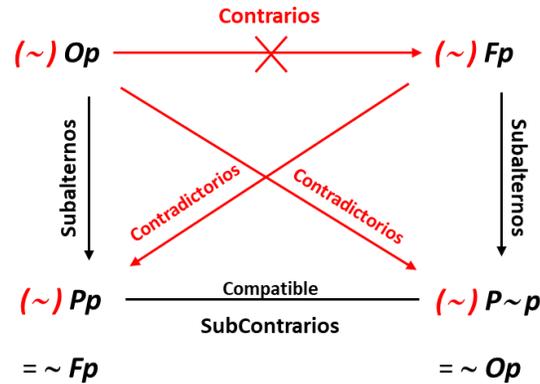
Luego:

$$Fp = \sim Pp$$

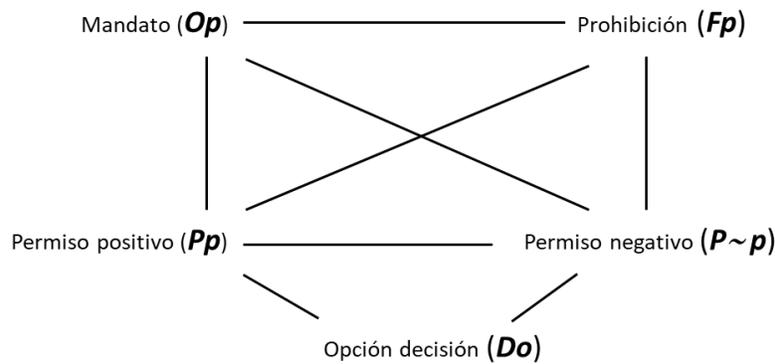
Dable es decir, estableciendo relación de coherencia con el desarrollo lógicos de los enunciados que, si la prohibición (**Fp**) consiste en la negación de la permisión ( $\sim Pp$ ), debe aceptarse, contrario sensu, que el permiso (**Pp**) consiste en la negación de la prohibición ( $\sim Fp$ ).

$$Pp = \sim Fp$$

De donde se deduce que el que esté permitido que **a** exprese su dolor significa que no está prohibido que **a** exprese su dolor, ahora bien, el que esté permitido que **a** exprese su dolor puede deducirse que cuando hay permisión hay ausencia, tanto de prohibición, como de mandato, es decir, si hay permiso, no hay porque ordenar, ni porque prohibir.



Así, ante la sola permisión, entendida en dos sentidos, el primero como que está permitido que *a* exprese su dolor (*Pp*), el segundo como que está permitido que *a* no exprese su dolor (*P ~p*), válido resulta concluir que esa permisión en dos sentidos debe ser entendida, la primera como un permiso positivo (*Pp*) o permiso de un hacer, la segunda como un permiso negativo (*P ~p*) o permiso de una omisión.



Tendrá un papel preponderante la decisión que se tome en materia de grave calamidad pública frente al derecho fundamental a la salud que tienen las personas, en tanto estará permitido que se hagan ciertas cosas, así como el que se omitan ciertas cosas, insumos significativamente pertinentes para aplicar la ponderación al Derecho Fundamental a la Salud con criterios profundamente racionales.

Así las cosas, en el caso de la pandemia por Covid-19 si se coteja el derecho a la salud de un individuo, habrá que considerar que se manifiesta con tanta más fuerza, cuanto más se cuestiona su derecho a la libre circulación por el territorio nacional, es decir, la protección de la salud de la comunidad es tanto más urgente cuanto mayores son las desventajas y los peligros que puedan resultar de un ejercicio de movilidad totalmente libre cuando el individuo que, decide en libertad circular, se convierte en una agente contaminante altamente lesivo para quienes, desde la otra orilla, decidieron no hacerlo.

En coherencia con lo que se acaba de manifestar, la ponderación a la que fue sometido el derecho fundamental a la salud, en el caso de la pandemia entre el periodo 2020-2022, no sólo fue, el instrumento idóneo, sino, el necesario para enfrentar la situación calamitosa, lo censurable del procedimiento es que al enunciado de preferencia se le anexasen razonamientos exclusivos propios de un discurso que obnubila la razón y da patente de curso a todo tipo de actuaciones abiertamente autoritarias profundamente ligado al Principio de Exclusión Discursivo al que hace referencia Foucault.

Del Principio de Exclusión Discursivo dice el pensador francés que en las sociedades actuales, como la nuestra,

son bien conocidos los procedimientos de exclusión, el más evidente, y el más familiar también, es lo *prohibido* al discurso, la palabra prohibida, en tanto, a través del discurso se dice o encubre el deseo, a la vez que es fundamento de los sistemas de dominación, quien puede amarrar el discurso hace perdurable los sistemas de dominación, existe otro, que hace referencia a una *separación y un rechazo* que se mueve entre la aceptación de la razón y el rechazo a la locura, depositaria de un discurso que no puede circular, en razón, a que no se parece al de los otros, ausente de verdad e importancia por lo que requiere de la cesura del otro, que autorizado la escuchará y la interpretará a ultranza de borrar al loco, existe un último que suele nombrarse *voluntad de verdad* estableciendo coherencia con el discurso verdadero en el más estricto sentido de la palabra (Foucault, 2019).

Un discurso con altos contenidos de verdad, que inspiraba respeto en tonalidad de terror, que era capaz de reinar y someter la escucha porque decía lo justo y decidía la justicia, no obstante, sometida al control institucional, empeñó su sinceridad y así la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas y las sociedades de sabios, entre otros, configuran todo un sistema que le da, *motu proprio*, la forma oficial al saber, forma que puede en determinado momento decir qué es válido saber y qué debe ser eliminado, en tanto, afecta la forma oficial del saber.

El hablar con verdad o *Parresía* dependerá de la forma del saber, que la voluntad de saber le imponga a la voluntad de verdad para que enmarque dentro de los fines del sistema, luego habrá grados de verdad entre la verdad con forma oficial, administrada, controlada y convertida en poderosa maquinaria excluyente por parte de la institucionalidad y aquella que, consecuentemente, será la otra.

Esa otra que, vigilante, guardiana de la Constitución y de los principios que sustentan la democracia social y de derecho, que entendiendo la ponderación como medida constitucional para intervenir el derecho fundamental a la salud la deslinda de cualquier razonamiento satánico y a voces de Ferrajoli, echa mano de la Teoría de las Garantías Constitucionales con el objeto de hacer visible la existencia de garantías constitucionales que directamente relacionadas con la idea de rigidez constitucional, en esencia, son dispositivos jurídicos cuyo objeto es blindar la Constitución contra el peligro de la posible modificabilidad de los principios, los derechos y los institutos en ella previstos a través de leyes ordinarias que, en sus intersticios, esconden intenciones subjetivas y voluntaristas cuya pretensión es desconocer los procedimientos de revisión y el control jurisdiccional de la Constitución que precisamente están, legal y legítimamente, establecidos para su modificabilidad (Ferrajoli, 2006).

En coherencia con lo manifestado, la rigidez constitucional no hace referencia a la inmodificabilidad de la Constitución, en tanto la misma, como ya se expresó cuenta con los mecanismos y procedimientos legales para acceder a modificaciones, rigidez es más bien la imposibilidad de que a través de leyes ordinarias, o más grave aún en el caso Colombiano en tiempos de pandemia, a través de decretos, resoluciones o circulares, no sólo, se violen o deroguen disposiciones constitucionales (Expectativas negativas de los derechos fundamentales), sino que, no se realice lo dispuesto por la Constitución (Expectativas positivas de los derechos fundamentales), es de anotar que lo que se busca con las Garantías Constitucionales es que los nobles y loables ideales políticos del Estado Social y Democrático de Derecho, plasmados por voluntad popular en la Constitución, caso del recurso legal de la ponderación y el de los procedimientos de revisión y control jurisdiccional en materia del derecho fundamental a la salud en estados de grave calamidad pública, eviten el azar, la liberalidad, el desbordamiento y el abuso del recurso.

En síntesis, este prolegómeno, aunque siempre en deuda, en tanto lo extenso del tema, tiene por objeto a portar precisión a algunos conceptos que tendrán su espacio en el desarrollo de la discusión.

## Discusión

Este artículo de reflexión investigativa se focalizó en la reconstrucción de lo que significó enfrentar la pandemia del Covid-19 en el marco del EEEESE durante el periodo 2020-2022, los actores más representativos en la

activación de este instrumento constitucional y sus repertorios de acción, los alcances de la reconstrucción le aportan a la discusión filosófica lo siguiente.

El derecho fundamental a la salud, por lo menos desde la perspectiva filosófico-jurídica, es un derecho significativamente complejo en tanto su materialización en el mundo fenoménico, específicamente en los EEESE y las declaratorias de ES, experimenta sensibles afectaciones que inician con la sola idea de “garantía” que acompaña la atención en salud y el saneamiento ambiental invocada en el artículo 49 de la Constitución Política.

*Art. 49.—“La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”*

Alexy, cuando le asigna el carácter de “mera lírica constitucional” a la fundamentalidad del derecho a la salud, lo hace sustentado en que el concepto de garantía inmerso en el citado artículo requiere echar mano del recurso del reenvío conceptual en cuanto no es posible considerar una garantía sin el auxilio del concepto de garantía negativa, inherente al de garantía constitucional, en razón a que una interpretación liberal del concepto de garantía en sí mismo prohibiría cualquier tipo de restricción al acceso a los servicios de salud, asunto que en la práctica no es certificable, en cuanto las especiales circunstancias de la EEESE y las ES, no sólo permiten su ponderación, sino que incluso ordenan restricciones y hasta prohibiciones al mencionado acceso (Alexy, 2017).

Y es de trascendental importancia el apunte de Alexy en razón a que si se hace una pausa reflexiva en la Teoría de las Garantías Constitucionales desarrollada por Ferrajoli es posible comprender que, en tratándose de la idea de “garantía” como concepto aislado, como ya se expresó, una garantía no admitiría ninguna prohibición o restricción, sin embargo, cuando a la garantía se le califica de constitucional emergen en el mundo físico una serie de obligaciones y prohibiciones haciendo correspondencia con las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente por la Constitución y directamente relacionadas con obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) (Ferrajoli, 2009).

Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en la esfera ferrajoliana son también garantía de la democracia y en este sentido están directamente relacionadas con el adjetivo que, en su carácter de político, civil, liberal o social califique a la democracia, en este sentido es de recibo que pueda hablarse de democracia política asegurada por la garantía de los derechos políticos, de democracia civil asegurada por la garantía de los derechos civiles, de democracia liberal asegurada por la garantía de los derechos liberales y de democracia social asegurada por la garantía de los derechos sociales.

Cuando las decisiones democráticas son aseguradas a través de los derechos políticos y civiles como expresión de la autonomía del poder, tanto político, como civil se está en el ámbito de lo formal, cuando las decisiones son aseguradas por los derechos de libertad y sociales como expresión de lo que está permitido y lo que se prohíbe se está en el ámbito de lo sustancial, lo interesante de este planteamiento es que las señaladas garantías son inmodificables constitucionalmente (rigidez constitucional), a menos que se acuda a los procedimientos de revisión y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias que con ella riñen y que referidas a normas constitucionales que establecen expectativas universales, característica de los derechos fundamentales, ella les confiere una doble normatividad, la primera como expectativas negativas de su no derogación o violación, la segunda como expectativas positivas de realizar lo por ellas dispuesto.

Si la normativa, en clave de expectativa negativa es clara en precisar la no derogación o violación a las normas sobre derechos fundamentales y en Colombia se “*garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”, es evidente que se viola la normativa en tanto protegiendo a los pacientes Covid-19 se desprotegía a los pacientes con otras patologías que, conscientes ellos y sus familias de lo que implicó la ES, se resignaban a ver como se deterioraban las vidas de sus congéneres mientras se insistía en el desgastado mecanismo de la Postergación, tanto de la ES, como de las sucesivas ARH, asunto al que se

venían refiriendo, entre muchos, en el caso específico de Antioquia, los doctores:

Andrés Aguirre, director general del Hospital Pablo Tobón Uribe que decía que la ES “es un mecanismo ya agotado, es tanto como el confinamiento total que fue bueno en un principio pero ahora acarrea más problemas. El mundo está experimentando las consecuencias que trajo el haber suspendido, por ejemplo, muchos de los programas de tamizaje y detección precoz del cáncer, colonoscopias, mamografías, el problema es que si bien la pandemia vino para quedarse, no desplazó a otras enfermedades”.

Y Andrés Trujillo Zea, director general de la Clínica CES quien expresaba que “se nota un aumento de otras patologías quirúrgicas, cardiovasculares, metabólicas y otras en donde los pacientes están esperando que se levante la alerta roja hospitalaria para que se les pueda realizar estos procedimientos. Consideramos que ya el momento por el que está atravesando la pandemia permite que se puedan reabrir los servicios.”

Mientras en defensa a ultranza de la medida, también entre muchos, el doctor Leopoldo Giraldo Velásquez, gerente del Covid-19 en Antioquia, manifestaba que “la ARH no estaba restringiendo procesos médicos ambulatorios, pero sí aquellas intervenciones cuya recuperación necesita de una cama UCI (Unidad de Cuidados Intensivos)” (Sanmartín, 2021), como si la flagrante violación de que fue objeto la expectativa negativa de no violación de los derechos fundamentales admitiera alguna morigeración o como si la expectativa positiva de realizar lo dispuesto normativamente en materia de derechos fundamentales posibilitara realizar algo diferente a lo dispuesto por la misma norma.

Era claro que la exigencia que imponía la expectativa positiva normativa, aunque se trataba de un situación de urgencia manifiesta con carácter fortuito que, debía ser atendida con celeridad, impidiera garantizar el derecho fundamental a la salud de manera instantánea, pero carecer de un plan para modular las afectaciones al señalado derecho, es no sólo inadmisibles, sino inaudito, como bien lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

*“Primero, como se dijo, debe existir una política pública, generalmente plasmada en un plan. Es lo mínimo que debe hacer quien tiene la obligación de garantizar la prestación invocada. Se desconoce entonces la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero sería y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo.”* (Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002).

En retrospectiva ya se había manifestado en un párrafo anterior que las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en tono ferrajoliano, son también garantía de la democracia y que en ese sentido están directamente relacionadas con la idea que las adjetive, así puede hablarse de democracia política, civil, liberal o social y que particularmente cuando se habla de que las decisiones son aseguradas por los derechos de libertad y los derechos sociales, no sólo se está en el ámbito de lo sustancial, sino que las Garantías Constitucionales hacen que esas decisiones alcancen estatus de inmodificabilidad a menos que se acuda a los procedimientos de revisión y al control jurisdiccional de constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias que con ella riñen y que hacen referencia a normas constitucionales estableciendo expectativas universales.

La anterior consideración con el objeto de decir que la revisión o el control jurisdiccional de constitucionalidad en EEESE como el decretado por motivo de la pandemia puede ser susceptible de afectación cuando a la afectación de la que fue objeto el derecho fundamental a la salud se le adhiere la que hace correspondencia con el Principio de Exclusión Discursiva.

Según Foucault, han hecho parte de las sociedades procedimientos de exclusión de grupos de poder que de alguna manera niegan, desconocen o impiden la participación del grueso social en las decisiones, esos procedimientos que conforman un gran sistema de exclusión directamente encaminado a afectar el discurso, se conocen, como debidamente ya se mencionó, como la palabra prohibida, la separación de la locura y la voluntad

de verdad, de los cuales los dos primeros han venido históricamente derivando hacia el tercero, en tanto la voluntad de verdad atraviesa cualquier discurso que tenga pretensiones de verdad y en cuanto es, al que en la práctica se le controla, controlando el saber a través de una serie de prácticas, entre otras, como la pedagogía, el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, las sociedades de sabios y los laboratorios actuales (Foucault, 2019).

Esos Sistemas de Exclusión Discursivos se materializan en el mundo físico en forma de Principios de Exclusión Discursivos cuya fuente documental ha sido el antiguo principio griego que llegó a considerar que el saber puede eficazmente controlarse por intermedio de la institución educativa y a través de una política educativa que garantice ese control, por ejemplo, “que la aritmética puede muy bien ser objeto de las sociedades democráticas, pues enseña las relaciones de igualdad, pero la geometría sólo debe ser enseñada en las oligarquías, ya que, demuestra las proporciones en la desigualdad”.

Asombra que por analogía, el antiguo principio griego, aplique perfectamente en casos de actualidad como el que obligó al EEEESE y las consiguientes declaratorias de ES y de ARH y en donde el control jurisdiccional de constitucionalidad a normas ordinarias que versan sobre expectativas universales y que riñen con la Constitución se obstaculiza bajo el amparo de discursos que amañan la interpretación de tal manera que la salud como derecho fundamental puede muy bien ser objeto de las democracias, en tanto igual que la aritmética, permite establecer relaciones de igualdad al interior de lo contenido en el mencionado artículo 49 constitucional que, sin ambages, dispone que “*la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, ‘conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad’*”.

Pero en la otra orilla, igual que la geometría en Grecia, sólo debe ser objeto de las oligarquías, ya que, demuestra las proporciones en la desigualdad, al interior, tal como se observa en el recurso de la telesalud que, mientras el Decreto 538 de 2020 establecía:

*“Que mediante esta modalidad, se busca garantizar la atención a larga distancia por video o imágenes -atención remota de la población-, lo cual garantiza la prestación de los servicios de salud de manera oportuna a la población que por razones geográficas o económicas, no pueden acceder fácilmente a los mismos y contribuye al cumplimiento de aislamiento preventivo obligatorio. De esta manera, se refuerzan los principios del derecho fundamental a la salud relacionados con el acceso, la continuidad, la oportunidad y la equidad.”* En la práctica intentan velarse las desventajas frente al acceso a la salud, en tanto se desconocen barreras como las que acusa la conectividad en algunos sectores del país y el analfabetismo informático en grupos significativos de la población.

Asuntos tan delicados como el señalado, sumado a otros en los que logró proporcionarse o ponderarse el derecho fundamental a la salud que priorizaba entre pacientes Covid y de otras patologías como lo evidencia el articulado de la serie de decretos de ARH sostenidos en el tiempo, amparados a su vez por un control jurisdiccional que fue capaz, en cabeza del Consejo de Estado, de evadir sus responsabilidades no avocando conocimiento y echando mano al argumento de que un Decreto como el 457 de 2020 que restringía un derecho fundamental básico, al no expedirse en el EEEESE, hacía parte de las competencias ordinarias de reglamentación en materia de orden público por parte del Gobierno Nacional, permiten aseverar, con posibilidades de acierto que, un proceder así sólo tendría sentido como haciendo parte de un perfecto y funcional Sistema de Exclusión Discursiva que, apoyado en el Principio de Exclusión Discursivo de voluntad de verdad controla el saber sometiendo, la voluntad de verdad del discurso jurídico, a una verdad que siga favoreciendo el poder.

El Principio de Exclusión Discursivo foucaultiano, puesto en el terreno del contexto lingüístico colombiano, establece relación de conexidad con la idea de *lectura autoritaria de la Constitución*, en tanto se concibe como aquella lectura que recupera del texto, únicamente vocablos y expresiones que sólo evocan poder y autoridad, sacrificando así la función de guarda de la Constitución en aras de ponerla al servicio de la preservación del orden

y la autoridad, en esencia es una lectura que, por su naturaleza autoritaria, deriva en interpretaciones autoritarias que no se compadecen con la semántica del texto constitucional, al decir que, desprovista de la carga axiológica y finalista (enfoque finalista) de la Constitución, opta por una lectura, segmentada, acomodaticia, propia de intérpretes que, no obstante, vulnerando derechos fundamentales bajo el sustento de que la función (enfoque funcionalista) de la Constitución es asegurar, a ultranza, un orden, afecten negativamente ese orden, al punto de que quien actúe en derecho y discuta a través de acciones judiciales semejante proceder, arriesga el que se le considere, despóticamente, germen propicio para el caos (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992).

Cuan funcional y pertinente resulta recordar aquí la conocida fórmula de Radbruch citada por Paulson, fundamentalmente la parte que dice:

*“Es imposible trazar una línea nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de contenido incorrecto; no obstante, otro límite puede distinguirse con mayor claridad: donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, allí la ley no es sólo derecho injusto, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho.”* (Paulson, 2019).

## Conclusiones

En este rastreo investigativo se evidenciaron varias afectaciones al derecho fundamental a la salud a través de una abundante expedición de decretos, resoluciones y circulares en los distintos órdenes nacional y territorial en razón a la contención de los efectos del virus del Covid-19 que obligó a la declaración de un EEESE y que a partir de la reconstrucción de las actuaciones de los representantes del Gobierno Nacional y de los entes de control a dichas actuaciones permitieron evidenciar que el derecho fundamental a la salud fue susceptible de afectación directa en lo referente a las expectativas negativas y positivas que concitan las Garantías Constitucionales del específico derecho fundamental a la salud, en razón a que, en las actuaciones debidamente recreadas en la investigación, no sólo, se violaron disposiciones constitucionales, sino que, no se realizó lo dispuesto por dichas disposiciones.

Finalmente, es de fundamental importancia reconocer que, aunque una emergencia de la magnitud planteada por el Covid-19 exigía actuar con celeridad, no puede interpretarse, bajo la celeridad, como el permiso para que el Sistema de Exclusión Discursivo en su expresión de Principio de Exclusión Discursivo de voluntad de verdad se imponga de tal manera que, haciendo eco de Radbruch, en beneficio de la regulación del derecho fundamental a la salud, se niegue precisamente el derecho que pretendió favorecerse.

El tipo de situaciones planteadas por la pandemia, aunque cuentan con el carácter de fortuitas, no eximen de la responsabilidad al Estado de garantizar, a través de una política pública, en este caso en materia de salud, que se plasme en un plan serio y sostenido en aras de proteger el derecho fundamental a la salud puesto en grave riesgo por la inadmisibles adolecencia de ese necesario plan.

## Referencias

- Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Ferrajoli, L. (2006). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Italia: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Obtenido en <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4.ª ed.). Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2019). *El orden del discurso*. España: Austral.
- Paulson, S. L. (2019). *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*. Madrid: Marcial Pons.
- Sandoval Casilimas, C. (2002). *Investigación cualitativa*. Obtenido en [https://www.researchgate.net/publication/260391308\\_Investigacion\\_Cualitativa](https://www.researchgate.net/publication/260391308_Investigacion_Cualitativa)
- Sanmartín, J. G. (2021). *Hospitales de Medellín de*

*acuerdo con levantar la alerta roja hospitalaria. Caracol Radio.* Obtenido en [https://caracol.com.co/emisora/2021/08/05/mellin/1628184493\\_380742.html](https://caracol.com.co/emisora/2021/08/05/mellin/1628184493_380742.html)

Valderrama Rueda, M. P. (2020). *Informe uso recursos FOME*. Comité de Administración FOME, Acta 01. Obtenido en <https://acortar.link/0tZ5kN>

### Normas e instrumentos jurídicos citados

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1438*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad Nuevo/LEY%201438%20DE%202011.pdf>

Congreso de la República. (2020). *Proyecto de Ley 10*. Bogotá. Obtenido en <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2020%20-%202021/PL%20010-20%20Derecho%20Fundamental%20a%20la%20Salud.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2018). *Resolución 001885*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1885-de-2018.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2018). *Resolución 002438*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/OT/Resolucion-2438-de-2018.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Resolución 00380*. Bogotá. Obtenida en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-380-de-2020.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Resolución 385*. Bogotá. Obtenida en <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%200385%20de%202020.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Resolución 00502*. Bogotá. Obtenida en <https://www.minsalud.gov.co/RID/resolucion-502-de-2020.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Plan de Acción para la Prestación de Servicios de Salud durante las Etapas de Contención y Mitigación de la Pandemia por Covid 19*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/PSSS01.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020).

*Resolución 00844*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20844%20de%202020.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Resolución 00666*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20666%20de%202020.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). *Resolución 00617*. Bogotá. Obtenido en <https://www.minsalud.gov.co/Normatividad Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20617%20de%202020.pdf>

Presidencia de la República. (2020). *Decreto 417*. Bogotá. Obtenido en [https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/03/decreto\\_417\\_del\\_17\\_de\\_marzo\\_de\\_2020.pdf](https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/03/decreto_417_del_17_de_marzo_de_2020.pdf)

Presidencia de la República. (2020). *Decreto 637*. Bogotá. Obtenido en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=120018>

Presidencia de la República. (2020). *Decreto 418*. Bogotá. Obtenido en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110294>

Presidencia de la República. (2020). *Decreto 457*. Bogotá. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110294>

Presidencia de la República. (2020). *Decreto 655*. Bogotá. Obtenido en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=122442>

Procuraduría General de la Nación. (2021). *El estado de los derechos en estado de emergencia*. Bogotá. Obtenido en [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/b\\_INFORMEElestadodelosderechosenestadoedeemergencia.pdf#search=Informe%20covid%2019](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/b_INFORMEElestadodelosderechosenestadoedeemergencia.pdf#search=Informe%20covid%2019)

### Jurisprudencia

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-543*. Bogotá. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-543-02.htm>

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-022*. Bogotá. Obtenido en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-595*. Bogotá. Obtenido en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

Vol. 14 No. 2 / mayo - agosto de 2023

[/2002/t-595-02.htm](#)

Corte Constitucional. (2020). *Sentencia C-145*. Bogotá.  
Obtenido en  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>

Corte Constitucional. (2020). *Sentencia C-307*. Bogotá.  
Obtenido en  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-307-20.htm>