

**LAS SENTENCIAS DE TUTELA COMO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN
EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 1991**



BRAYNER ALEJANDRO RAMIREZ ALVARADO

MARIA MILENA BELTRAN SALCEDO

**PRESENTADO PARA OPTAR AL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

BOGOTÁ, D.C., 2021

**LAS SENTENCIAS DE TUTELA COMO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN
EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 1991**

PRESENTADO POR:

**BRAYNER ALEJANDRO RAMÍREZ ALVARADO
MARÍA MILENA BELTRÁN SALCEDO**

**TRABAJO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER
EN DERECHO CONSTITUCIONAL.**

DIRECTOR:

DR. EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

BOGOTÁ, D.C., 2021

Artículo 23 de la resolución N° 13 de Julio de 1946: “La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	8
1.1. Contexto.....	10
1.2. Formulación del problema.....	10
2. JUSTIFICACION.....	11
3. Objetivos.....	13
3.1. Objetivo general	13
3.2. Objetivos específicos.....	13
4. Estructura.....	13
5. Antecedentes de la acción de tutela en Colombia	14
6. Características relevantes de la acción de tutela.....	18
6.1 Acceso a la justicia.	19
6.2 Concreción, realidad.....	19
6.3 Un juez poderoso.	20
6.4 Inversión de las reglas usuales de procedimiento.....	21
6.5 Trámite preferencial.	22

6.6 La informalidad.	22
6.7 Hacer del derecho constitucional un derecho común.	23
7. El derecho a la salud en la ley 100 de 1993.....	24
8. La acción de tutela y su desarrollo en el decreto 2591 de 1991	28
9. La acción de tutela como acción indemnizatoria.....	31
10. Acción de tutela como herramienta para el goce efectivo del derecho a la salud	32
11. El derecho a la salud enmarcado dentro los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 51	
11.1 La salud y su régimen jurídico.	53
11.2 La salud como servicio público y como derecho fundamental.	59
12. Reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental en Colombia	62
13. La jurisprudencia como fuente de derecho y su importancia en el ordenamiento jurídico colombiano	65
13.1 Las fuentes del derecho	65
13.2 Clasificación de las fuentes del derecho.....	66
13.3 Jurisprudencia como fuente de Derecho.....	67
Tesis que consideran la Jurisprudencia como fuente del derecho	67
Tesis que no consideran la jurisprudencia como fuente del derecho	71
No corresponde a los tribunales de justicia el desarrollo de la labor normativa	71

No contienen las sentencias de los tribunales de justicia la generalidad y la abstracción propia de las normas jurídicas	72
Falta de seguridad jurídica: la jurisprudencia es cambiante y contradictoria.....	73
El papel de la jurisprudencia	74
El fin de la administración de justicia	79
En lo relativo a la demostración de los hechos.....	80
En lo relativo a la calificación de los hechos.....	80
Aplicación de la regla del derecho	81
Evaluación	81
La fundamentación de la sentencia.....	81
14. Tipos de precedente en Colombia	82
14.1 Precedente judicial en Colombia	84
15. El precedente constitucional y el estado constitucional	86
15.1. La materialización de los derechos constitucionales a través las garantías constitucionales	87
15.2. El amparo constitucional y el fortalecimiento del estado constitucional	91
16. Reconocimiento del precedente constitucional en Colombia.....	96
17. Las sentencias de tutela como precedente constitucional en Colombia	101

18. Los jueces en sus providencias sujetos al imperio de la ley.....	103
19. Eficacia de los fallos de tutela en relación con los incidentes de desacato relacionados con la protección del derecho fundamental a la salud.....	105
20. Razonamientos para la aplicación del precedente jurisprudencial respecto de la actividad general de los jueces.....	107
21. Razonamientos para la aplicación del precedente jurisprudencial en la justicia constitucional.....	110
Interpretación político – funcional	110
Interpretación jurídico – funcional	113
Interpretación jurisdiccional exclusiva.....	117
22. Deber de aplicar el precedente judicial en Colombia.....	120
23. Consecuencias de la vinculación jurídica del precedente constitucional	122
24. Cultura del precedente constitucional y realidad actual en Colombia.....	124
Conclusiones.....	130
Referencias	132

INTRODUCCIÓN

En el año 1991 con la promulgación de una nueva Constitución, por parte de la Asamblea Nacional Constituyente¹, en ejercicio de su poder Constituyente es creada una de las instituciones más importantes hasta la actualidad en Colombia, como lo es la Honorable Corte Constitucional, la cual forma parte de la Rama Judicial y cuyo fin ha sido desde entonces, el velar por la integridad y supremacía de la Constitución y de la acción de tutela; esta acción constitucional siendo la más importante en Colombia a partir de su consagración como mecanismo de protección de derechos fundamentales, encontrándose consagrada en el Título II, Capítulo 4, artículo 86 de la Carta Política, ha incidido de manera muy significativa en la protección del derecho a la salud bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993 y su normatividad reglamentaria.

Busca un eficaz alcance del derecho a la salud de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional, argumentos que han orientado su protección y en diversas situaciones, se han emitido fallos contrariando los preceptos legales y reglamentarios, pero siempre bajo el marco de la Carta política en pro del derecho a la salud, más aún, cuando por conexidad con derechos de carácter fundamental y vital para el ser humano puedan llegar hacer vulnerados, de igual forma se analizará la cantidad de incidentes de desacato

¹ Convocada el 09 de diciembre de 1990 con el fin de redactar una nueva Constitución para la Nación y con ello llegar a derogar la Constitución de 1886, la cual tuvo una vigencia de 104 años.

a dichas sentencias favorables y desobedecidas, las cuales han sido instauradas por los usuarios para invocar la protección inmediata del derecho a la salud, durante el periodo comprendido entre los años 2017, 2018 y 2019 con información requerida al Consejo superior de la judicatura.

Finalmente se buscará evidenciar si realmente las sentencias de tutela constituyen un precedente constitucional en Colombia a partir de la constitución Política de 1991, en especial en la protección del derecho a la salud, análisis que se realizará con base en el conocimiento de la estructura establecida dentro del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional para que se conviertan en precedentes dichas sentencias.

1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Contexto

A partir del siglo XX el derecho constitucional se transformó, y con ello se ha logrado el sometimiento tanto del poder público como del privado a la Constitución, además el modelo constitucional colombiano incorporó un sistema judicial reforzado para la protección de los derechos fundamentales, destacándose dentro del mismo la Acción de Tutela, cuando las garantías individuales resulten vulneradas o se amenace con hacerlo ya sea por acción u omisión tanto de las autoridades como de los particulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede sustentar que las sentencias promulgadas en sede de tutela por parte de la Corte Constitucional desde el año 1991 y que se relacionan directamente con la garantía fundamental del derecho a la salud, se constituyen en un precedente constitucional con efecto erga omnes, a partir de los cuales se obliga a todos los jueces en Colombia y a todas las personas tanto del sector público como privado, a ser las encargadas de materializar este derecho.

1.2. Formulación del problema

Teniendo en cuenta la misión de la acción de tutela y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, siendo este el ente jurisdiccional al que se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, quien logra establecer precedentes transversales en la vida cotidiana de los ciudadanos colombianos. **¿Cuál es la estructura para que la tutela se convierta en precedente constitucional en el derecho a la salud, dentro del control concentrado de la Corte Constitucional en Colombia?**

2. JUSTIFICACION

El Estado Colombiano a lo largo de su historia constitucional ha promulgado diferentes constituciones, dentro de las cuales se encuentran: Las emitidas por las provincias de Socorro (1810), Tunja (1811), Cundinamarca (1811, 1812, 1815), Antioquia (1811, 1812 y 1815), Cartagena (1812), Popayán (1814), Mariquita (1814), Neiva (1815) y Pamplona (1815) (Bernal, 2013).

El artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991 señala que “Colombia es un Estado social de derecho (...) fundado en el respeto de la dignidad humana” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), siendo entonces destacable que el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance y utilizar los recursos necesarios para garantizar que la dignidad humana se materialice en las condiciones de vida de todas las personas.

Es por ello que en Colombia la Corte Constitucional fue creada a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, como máximo tribunal constitucional, con el fin de velar por la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, labor encomendada en el artículo 241, por lo cual a través de controles constitucionales ya sea de “(1) normas con rango de ley, actos reformativos de la constitución y (2) revisión de las decisiones judiciales relacionadas con las acciones de tutela sobre los derechos fundamentales” (Ortiz, 2011, pág. 167), para lo cual ésta falla en última instancia y como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sobre las tutelas que en materia de salud la ciudadanía ha interpuesto ante los jueces constitucionales, no obstante del porcentaje de fallos de sentencias de tutela que llegan a

su conocimiento para ser revisadas aleatoriamente, se han generado sentencias de tutela a través de las cuales se hace exigible la materialización del derecho invocado.

Por lo anterior, se hace necesario realizar un análisis académico de diferentes fuentes, partiendo de la gaceta constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente instalada a partir del 05 de febrero de 1991 y por medio de la cual se logró la expedición de la constitución de 1991, continuando con las demás normas que desarrollan el derecho fundamental a la salud, además de bibliografía relacionada con el tema de investigación y en especial el estudio y análisis de la jurisprudencia Corte Constitucional, a través de las cuales se pueda llegar a concluir si los fallos de la Corte Constitucional en tratándose de sentencias de tutela, constituyen no solo un precedente en el derecho constitucional colombiano, sino que además se pretende evidenciar su verdadera eficacia al momento de exigirse su materialización por los responsables de su cumplimiento, a fin de no incurrir en desacato.

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Establecer la estructura para que la tutela se convierta en precedente constitucional en el derecho a la salud, dentro del control de la Corte Constitucional en Colombia.

3.2. Objetivos específicos

- Identificar la estructura de la tutela en Colombia.
- Analizar la teoría de los núcleos esenciales en el derecho a la salud.
- Conocer la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de tutela y su procedencia en relación con el derecho a la salud.

4. Estructura

En la construcción del estado del arte sobre el tema objeto de estudio, se emplearán los métodos descriptivo y explicativo, a partir de los cuales se analizará en el ordenamiento jurídico colombiano, partiendo de la Constitución de 1991, continuando con la ley 100 de 1993, el decreto 2591 de 1991 y los conceptos que se encuentran en la doctrina de diferentes autores, además del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al desarrollo jurídico y constitucional del derecho fundamental a la salud, teniendo en cuenta información que se consultará en la Corte Constitucional como en el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), para con ello llegar a proyectar conclusiones que permitan dar respuesta al problema que se plantea.

5. Antecedentes de la acción de tutela en Colombia

La Corte Constitucional siendo la guardiana de la Carta Política y conocida por su labor en materia de revisión de normas y por la resolución de acciones de tutela a favor de ciudadanos vulnerables, ha creado toda una cultura constitucional. Busca salvaguardar el espíritu de la Constitución y amparar de manera eficaz los derechos fundamentales de las personas cumpliendo con el marco del Estado Social de Derecho.

En 1992 siendo este el primer año de su funcionamiento, a la Corte Constitucional le corresponde ser la primera en realizar interpretaciones de tipo constitucional bajo la óptica de una nueva constitución.

La Acción de Tutela fue una de las novedades de la Constitución Política de Colombia, proclamada el 4 de julio de 1991, como también siendo esta la acción más interpuesta por los colombianos para pedir que les amparen sus derechos fundamentales.

La tutela constituye una revolución por los derechos de los ciudadanos, sin embargo, es necesario señalar que se han presentado abusos en algunos casos, sin tener en cuenta los límites de esta acción constitucional.

En los siguientes párrafos encontraremos una descripción de los antecedentes de la acción de tutela tanto en el plano de derecho iberoamericano, como en el del derecho nacional, descripción muy general y esquemática.

En Iberoamérica se denomina “amparo” indistintamente el juicio, al recurso, al proceso o a la acción destinada a la protección de los derechos fundamentales de las personas. De acuerdo

con Ferrer (2010), en la mayoría de los países se utiliza la expresión “amparo” para referirse a esta figura, salvo en el caso de Brasil, donde se denomina *mandado de segurança*; Colombia, donde se le denomina “acción de tutela”; y en Chile, donde se emplea la expresión “recurso de protección”. Precisa este autor, que “Desde una noción contemporánea, la expresión ‘amparo’ se utiliza para significar el ‘juicio constitucional de amparo’, es decir, una garantía judicial, un proceso constitucional, un mecanismo de tutela o protección específica para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de constitucionalidad de leyes y dentro de la concepción genérica de la defensa de la Constitución.

Como proceso constitucional, sus orígenes se remontan a 1841, cuando se previó en la Constitución del Estado de Yucatán (México), que facultaba al Tribunal Superior de Justicia para “amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución”. De acuerdo con Ferrer (2010), la experiencia mexicana influyó en los demás países de la región; respecto de los derechos y libertades protegidos ofrece tres modalidades:

- El modelo más extendido, protege la mayoría de los derechos y libertades fundamentales, salvo el derecho fundamental a la libertad personal, que es protegido mediante la acción de *habeas corpus* o por el recurso de la exhibición personal.
- Un segundo modelo también protege la mayoría de derechos y libertades fundamentales, excluyendo el ya mencionado derecho a la libertad personal por medio del *habeas corpus* y el derecho a la libertad o autodeterminación informática, mediante la acción o recurso de *habeas data*.

- El tercer modelo corresponde al del derecho mexicano, en el que el juicio de amparo protege los derechos y libertades fundamentales, la Constitución y el orden legal, “como un juicio de garantías autónomo, que se promueve siempre ante la justicia, que asume varias modalidades con su propio procedimiento: amparo libertad, promovido contra detenciones y confiscaciones; amparo contra leyes, por recargos de inconstitucionalidad; amparo casación, promovido en contra de sentencias judiciales; amparo administrativo y el amparo en materia agraria”.

- Por último, resalta este autor que el amparo ha sido extendido a los sistemas internacionales de protección, en virtud del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las sentencias proferidas principalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Colombia, la acción de tutela establecida en la Constitución de 1991 materializa el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano hace bastantes años y pone fin a una moratoria internacional sobre cumplimientos de los derechos, que ha caracterizado al sistema judicial colombiano. Dos compromisos internacionales no habían sido honrados por el país. El primero de ellos ordenado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en 1966, que en el artículo 2° establece:

“Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar que:

- a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer *un recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; [...]

Y otro, quizá más importante, contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, que comprometió a los Estados Parte a adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos, el del numeral 1 del artículo 25, sobre la protección judicial, según el cual, “Toda persona tiene derecho a *un recurso sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, *que le ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales”.

También resultó determinante la configuración y desarrollo del amparo en las Constituciones Políticas de España y Alemania, que sirvieron de fundamento a los distintos proyectos sometidos a discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente.

El artículo 53.2 de la Constitución de España (1978) establece:

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Y el artículo 93, apartado 1, número 4 de la Ley Fundamental de Alemania dispone:

“El Tribunal Constitucional Federal decidirá: [...]”

”4. Sobre recursos constitucionales (*Verlassungsberchwerden*), que podrán ser interpuestos por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales, o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, apartado 4; 33, 38, 101, 103 y 104”.

En la Asamblea Nacional Constituyente, según relata (Esguerra, 2004), se presentaron trece proyectos encaminados a establecer una acción que fuera eficaz para la defensa de los derechos y garantías de las personas. Al final fue acogida una fórmula que tuvo como fundamento central los proyectos presentados por el gobierno y por el Partido Liberal.

Asunto importante fue el de la denominación de la acción. La mayoría de las iniciativas se inclinaba por establecer una acción “de amparo”, siguiendo los lineamientos del amparo mexicano (referencia común acerca de esta acción) y del amparo español y venezolano, mucho más especializados. Se decidió dotar a la figura de identidad propia, que además de satisfacer las necesidades de protección existentes en Colombia, pudiera diferenciarse de otros mecanismos de defensa de las garantías. De esta manera y de acuerdo con ese autor, se evitó el simple “trasplante” de la institución mexicana, para construir una figura local, adecuada al sistema colombiano y sus necesidades.

6. Características relevantes de la acción de tutela

En virtud de las características de la acción de tutela se logran visualizar aspectos tales como su procedencia (subsidiariedad) y sobre los derechos objeto de la misma (especificidad), ya que es inmediata, informal, eficaz, preferente y sumaria.

Un documento de 1992, de la Presidencia de la República, precisó cuáles son las principales características de la acción de tutela, en contraste con el grueso de las acciones de origen legal. Tales características relevantes son:

6.1 Acceso a la justicia.

La acción de tutela, como ninguna otra, propicia el contacto directo del ciudadano con la administración de justicia, en la medida en que no exige la mediación del “letrado” o abogado, como sí acontece con las acciones previstas en los códigos y en las leyes. En este sentido y de acuerdo con el artículo 86 de la Carta, la acción puede ser ejercida por “toda persona”, es decir, por menores de edad, por personas con algún grado de discapacidad, por personas jurídicas, por agentes oficiosos, por defensores públicos, representantes de asociaciones, etc. Este rasgo es muy importante, pues además de intentar que la acción le pertenezca más a las personas que a los abogados, propicia modificaciones en la comprensión de la práctica judicial y en relación entre el ciudadano y su Constitución.

6.2 Concreción, realidad.

El despliegue de estas características permitiría modificar uno de los lastres más notorios del derecho en Colombia: la hipocresía, el enmascaramiento, el lenguaje que oculta las prácticas del dominio y del poder, el reiterado recurso a los eufemismos. En sentido contrario a como acontece con las demás acciones procesales, la acción de tutela permite abordar con lenguaje claro y de modo directo, el núcleo problemático de asuntos que han permanecido ocultos, como la discriminación sexual, la servidumbre en las relaciones laborales, desenmascarando además los componentes reales de las relaciones en la vida social: el dominio del médico sobre sus

pacientes; los esquemas de sometimiento y discriminación en las relaciones educativas; el dominio y la indignidad en el presidio; la dominación afectiva. Es una acción de lo concreto, de la realidad, este es un rasgo decisivo. Con esta acción, como con ninguna otra, el país se ocupó de lo real: de la discriminación de las minorías (étnicas, sexuales, culturales), del maltrato de los menores, de la violencia educativa, del desgreño oficial en la respuesta de las peticiones, de la indefensión en salud, de los presos, de la persecución moral del embarazo adolescente, etc.

6.3 Un juez poderoso.

En términos generales, los jueces en Colombia siempre han ejercido poder. Basta una declaración judicial o una medida cautelar, para destruir el plan de vida de una persona o de una familia, o para socavar un patrimonio. Sin embargo, el juez de tutela es poderoso en otro sentido, en sentido activo, pues en virtud de la facultad de *dar órdenes*, puede hacer lo que ningún otro juez, es decir, restituirle la integridad a un derecho fundamental. En Colombia, el juez se había limitado a hacer declaraciones, más que a dar órdenes. De esta manera, el juez declara la responsabilidad de las personas en distintas modalidades; declara la existencia o inexistencia de contratos y de distintos negocios jurídicos; declara la existencia de obligaciones, etc. A diferencia de los demás jueces, el juez constitucional, es decir, el juez de tutela, puede mediante órdenes, exhortos, llamados a prevención y otros mecanismos, desplegar una actividad directa en defensa de los derechos fundamentales. Esto es así, en tanto que el mecanismo de operación central en la acción de tutela es la orden, que materializa el amparo concedido. Así, por ejemplo, los jueces de tutela ordenan que se entreguen medicamentos o que se presten servicios médicos; ordenan el reintegro o la matrícula de estudiantes que han sido separados del servicio público de educación; ordenan que no se apliquen actos administrativos lesivos; y en el caso específico de

las vías de hecho, ordenan dejar sin efecto providencias judiciales y laudos arbitrales, y disponen que se profieran autos o sentencias de reemplazo.

6.4 Inversión de las reglas usuales de procedimiento.

“Esta es una consecuencia de los principios de informalidad y de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. El sistema judicial colombiano históricamente ha estado dominado por un formalismo burdo. En Colombia el derecho se niega con inusitada frecuencia, por la ausencia de papeles secundarios, de sellos, de certificaciones, de permisos y por falta de requisitos adicionales dispuestos discrecionalmente por cualquier persona o funcionario. En sentido contrario, la tutela intenta superar la maraña de mediaciones que ha impedido la realización del derecho. Por lo mismo, se diseñó un procedimiento rápido, que evita la existencia de impedimentos, incidentes, nulidades y de todo otro tipo de medidas procesales, que han sido utilizadas para dilatar los procesos y violar los derechos fundamentales. De esta manera no hay un acto formal de notificación, sino que ella se puede realizar “por el medio más expedito y eficaz” (decr. 2591 de 1991, art. 16); la acción supone un procedimiento “preferente y sumario” en el que necesariamente no deben ser agotados los estancos procesales (ibídem, arts. 1º y 18); el fallo puede ser proferido “sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas” (ibídem, art. 22); no hay propiamente contestación de la solicitud de protección, sino “informe” de la parte accionada (ibídem, art. 19); la acción no termina con la ejecutoria del fallo, sino “hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza” (ibídem, art. 27); la impugnación no requiere ser sustentada, aunque conviene hacerlo, etc.” (Quinche, 2017).

6.5 Trámite preferencial.

Dos elementos infortunados caracterizan el ejercicio de la función judicial en nuestro medio: la morosidad y la diferencia de trato jurídico. La mora judicial es hecho notorio, que ha llegado a excesos como el del Consejo de Estado, en el que el trámite de una acción perfectamente puede superar los diez años, o en el que las acciones electorales se fallan cuando han vencido los períodos de los elegidos. La diferencia de trato jurídico es otro rasgo infortunado: procesos con identidad de causa, de hechos y de pretensiones son resueltos de manera diferente, con lo que se afecta en materia grave la seguridad jurídica (aquí sí) y el derecho a la igualdad. El trámite preferencial de la acción de tutela intenta neutralizar este par de lastres, en la medida en que se evita la indefinición de los derechos. Además, el acicate de la eventual apertura de procesos disciplinarios contra quien exceda el término de diez días para el fallo, hace que por primera vez se cuente con una acción dinámica, que encamine el aparato judicial a la protección de los derechos fundamentales.

6.6 La informalidad.

El formalismo ha sido una constante en el sistema jurídico colombiano, que en lugar de servir al derecho de las personas, las ha sometido. La de tutela, como acción de garantía, busca limitar el formalismo y propiciar decisiones sustantivas, que permitan hacer realidad la regla según la cual, “la finalidad de la norma procesal es ser medio para la efectiva realización del derecho material”, o, como lo ha afirmado la Corte Interamericana en múltiples fallos, entre ellos en los proferidos contra Colombia, “Es un principio comúnmente aceptado que el sistema

procesal es un medio para realizar la justicia y que esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”.

La informalidad es plausible a lo largo del decreto 2591 de 1991, y es planteada de modo expreso en el artículo 14 al establecer que “la acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito”, incluso puede interponerse verbalmente. Si bien en la práctica judicial algunos tribunales dificultan la actividad de los accionantes con la solicitud de copias, anexos, autenticaciones y demás, todas esas exigencias en últimas violan la ley que rige el trámite de tutela.

6.7 Hacer del derecho constitucional un derecho común.

El derecho general y, en especial, el derecho constitucional, han sido dominados en Colombia por una minoría de usuarios, políticos y administrativistas, hasta hacerlo aparecer injustamente como un derecho de élite, olvidando que “el derecho no es el objeto de propiedad de uno, sino que debe ser el objeto del cuidado de todos”. Por contraste, al ser la acción de tutela un instrumento de uso directo del ciudadano, los problemas reales del derecho radican en las personas y no en los expertos, con lo cual el derecho constitucional se vuelve derecho común, como lo evidencia el tratamiento de los derechos de petición, salud, acceso a la administración, participación, consulta previa, educación, protección a los grupos especiales o marginados, etc.

7. El derecho a la salud en la ley 100 de 1993

En cumplimiento al mandato consagrado en el artículo 48 de La Constitución Política de 1991, mediante el cual se ordena expresamente al Estado Colombiano que deberá prestar bajo su dirección, coordinación y control, el servicio público de la Seguridad Social, esto último, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además de lo establecido en el artículo 49 por medio del cual se indica que la salud es un servicio público a cargo del Estado, se promulgó la ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en Colombia, con el fin de alcanzar y desarrollar los principios anteriormente mencionados.

Por lo que mediante el desarrollo de dicha norma, el Estado colombiano pretendía en un principio, garantizar el acceso al servicio de salud a todas las personas que estuvieran inmersas en una relación laboral o que contaran con capacidad económica para afiliarse al Sistema de Seguridad Social, además de facilitar la cobertura de toda la población en cuanto al acceso al mismo, esto teniendo en cuenta aquellas personas que no tuviesen vínculos laborales o capacidad de pago para afiliarse, no obstante, el modelo previsto mediante dicha ley, fue enfocado en resultados económicos, más no en resultados de salud, lo que se reflejó en una evidente vulneración del derecho a la salud (Barbosa, 2009).

Así las cosas, pese a que la salud no se había definido como un derecho fundamental en la promulgación de la carta constitucional de 1991, dicho precepto fue reconocido posteriormente vía jurisprudencial, a través de diferentes sentencias de la Corte Constitucional como máximo tribunal guardián de la Constitución, la cual expresó que el derecho a la salud a pesar de ser de

contenido prestacional, cuando el mismo tiene conexidad directa e inmediata con el derecho a la vida, comparte el carácter de fundamental (Corte Constitucional. Sentencia T-312 de 1996)².

De la misma manera indicó que en relación con la protección constitucional del derecho a la salud, “ha distinguido, la salud como derecho fundamental cuando está en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental, por ende, susceptible de amparo a través de la tutela, y de otro lado, cuando no está en conexidad con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios de defensa, diferentes a la tutela” (Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 2000).

No obstante, una vez promulgada e implementada la ley 100 de 1993, las personas han tenido que recurrir reiteradamente y de manera preferente a la acción de tutela³, dada la vulneración constante de su derecho a la salud por parte de las entidades prestadoras de salud (EPS), las cuales prestan sus servicios a los afiliados por medio de alguno de los dos regímenes establecidos como lo son el contributivo y el subsidiado, no obstante al no conceder los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), esto ha traído como consecuencia la acumulación de expedientes en la administración de justicia y con ello una alta congestión judicial.

De otro lado, es necesario resaltar, que la reforma implementada al sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la ley 1122 del 9 de enero de 2007, no fue progresiva en la

² Sentencia T-312 de 1996, en la misma indicó que, cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida.

³ Consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, como un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

totalidad de su articulado, toda vez que la regresión en relación con la participación ciudadana se pudo evidenciar en varias disposiciones, como lo es lo establecido en el artículo 3° cuando se ordenó crear la Comisión de Regulación en Salud (CRES), la cual estuvo adscrita al Ministerio de la Protección Social, además tuvo las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social el cual para dicha época, era quien ostentaba la dirección y regulación del sistema; Afortunadamente fue suprimida mediante el Decreto Ordinario 2560 del año 2012, trasladando algunas de sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social .

Así mismo, dicha reforma limitó la cobertura en el servicio de salud solo para quienes tuviesen capacidad de pago (Régimen Contributivo), además de las poblaciones de niveles 1,2 y 3 establecidas por el Sistema de Información de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), no siendo incluyente bajo la aspiración de la seguridad social en salud para todos los colombianos, por cuanto sectores como el de las personas que laboran en la informalidad se vieron con mayor dificultad para acceder a dicho régimen (Contributivo), ya que se aumentó de 12% a 12.5% la cotización de su ingreso base. (Barbosa, 2009).

Así las cosas, la misma Corte Constitucional se pronunció durante el año 2008, cuando profirió las sentencias C-463 y T-760, mediante las cuales trata temas relacionados con el acceso a los servicios de salud, al expresar que “La exigencia de tener que presentar acciones de tutela para poder acceder a prestaciones de servicios de salud para lograr la protección efectiva de su derecho a la salud, no puede ser aceptado, tolerado, ni permitido por dicha Corporación” (Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2008).

Adicionalmente, la Corte expresó sobre el derecho a la salud, que este es un derecho fundamental, por cuanto en primer lugar, ya se ha establecido vía jurisprudencial su relación o conexidad respecto de los derechos a la vida, a la dignidad humana y a la integridad personal, en donde ha identificado aspectos del núcleo esencial del derecho objeto de estudio, lo que ha conducido a admitir su tutelabilidad.

De la misma forma, ha reconocido el carácter de fundamental del derecho a la salud, en casos donde el tutelante es una persona de especial protección, por lo cual se le ha asegurado el acceso a los servicios de salud requeridos, todo ello con el fin de lograr los fines esenciales del Estado, los cuales se encuentran expresamente definidos en la Constitución de 1991, y que se desarrollan mediante el bloque de constitucionalidad, la ley y los Planes Obligatorios de Salud (POS), a fin de garantizar la protección de una vida digna para todos los colombianos (Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008).

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha buscado encaminar el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), con el fin de que el mismo logre efectivamente la materialización de los principios constitucionales de universalidad, solidaridad, igualdad y eficiencia (Barbosa, 2009).

Sin embargo, se puede indicar que el derecho a la salud continúa siendo vulnerado actualmente y de manera recurrente en Colombia por parte de las entidades encargadas de prestar servicios, tales como las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), a través de los cuales se debe velar porque se fomente no solo la prevención, sino también la intervención oportuna de diferentes enfermedades, para con ello garantizar a todas las

personas la recuperación de su salud y con ello la calidad de vida no solo de éstas, sino también la de sus familias.

En este sentido, cabe la posibilidad de estudiar eventualmente cómo replantear el modelo de salud en Colombia, y con ello buscar establecer un nuevo sistema en el cual se evalúe no solo su sostenibilidad, sino también sus resultados efectivos no solo en el cubrimiento del 100% de la población colombiana, sino de sus servicios integrales desde la prevención, diagnóstico y tratamiento oportuno de todas las enfermedades, con el fin de lograr una garantía plena del derecho fundamental a la salud, dentro del Estado Social de derecho promulgado en la Constitución de 1991.

8. La acción de tutela y su desarrollo en el decreto 2591 de 1991

De acuerdo al decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela y expone que cualquier persona tendrá derecho a interponer dicha acción constitucional *“para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por los menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.”*

Por lo expuesto anteriormente, la acción de tutela también es procedente, aunque de manera excepcional para la protección de derechos constitucionales o legales que no ostenten el rango de fundamentales, siempre y cuando guarden una especial relación de conexidad y una dependencia directa con otro(s) de carácter fundamental. Es decir, aunque un derecho no ostente en sí mismo el carácter de fundamental, si de su vulneración un auténtico derecho fundamental se pudiera ver afectado, la oponibilidad de la tutela se activa. Lo anterior conforme al artículo 94 de nuestra carta política y el decreto 2591 de 1991.

La sentencia T-188 de 2007⁴ trae un caso particular de aplicación del artículo 25 del decreto 2591 de 1991, por medio de la cual se ordenó satisfacer el derecho a la reparación, por la cuerda procesal de la indemnización en tutela.

Se trató del caso de una señora residente en Buga, Departamento del Valle, a quien los paramilitares le asesinaron a su compañero permanente, padre de su hija menor, el 15 de octubre de 2001. La cuestión central es que la Fiscalía se negó a investigar el homicidio, archivando la investigación, y que la Red de Solidaridad Social de la Presidencia de la República le negó toda forma de ayuda humanitaria, por considerar que no se trataba de una víctima del conflicto, y que no había probado la calidad de compañera permanente de la persona asesinada.

Por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, la señora interpuso acción de tutela en contra de la “Red de Solidaridad” de la Presidencia de la República; en ambas instancias le negaron los amparos. No obstante, el caso fue seleccionado en la Corte Constitucional, que estableció la vulneración del derecho fundamental a la reparación tanto de la

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

madre como de su hija menor de edad, “por los daños causados a causa del homicidio de su compañero y padre”, considerando que “la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que solo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución indemnización rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento”. En lo que tuvo que ver específicamente con la aplicación del artículo 25 del decreto 2591 de 1991, la decisión fue la siguiente:

“*Conceder* a la señora Nancy Lozano Escandón y a la menor Natalia Lozano Escandón la protección constitucional de su derecho fundamental a la reparación por los daños causados a causa del homicidio de su compañero y padre, ocasionado por grupos paramilitares, en hecho ocurrido en la localidad de Restrepo el 15 de octubre de 2001, que la Fiscalía del lugar se abstuvo de investigar.

“En consecuencia, la Presidencia de la República, Red de Solidaridad Social, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia incluirá a la actora y a su hija en los programas de asistencia a la población afectada por el conflicto armado y las indemnizará por los perjuicios causados, de conformidad con el monto que fijará la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 25 del decreto 2591 de 1991”.

9. La acción de tutela como acción indemnizatoria

La acción de tutela también conocida en algunas legislaciones como amparo, recurso de protección, mandato de seguridad o tutela (otros., 2017), siendo una acción constitucional de carácter preferente y sumaria cuyo objetivo primordial se destaca por buscar el amparo efectivo de los derechos fundamentales cuando resultan vulnerados (acción u omisión) tanto por la administración como por los particulares cuando prestan un servicio público, también tiene un fin indemnizatorio el cual se puede evidenciar cuando dicha vulneración sobre los derechos fundamentales trae consigo la generación de un daño emergente⁵.

En consecuencia, cuando se acredita el daño (imputable, personal y cierto), el juez constitucional podrá ordenar de oficio en el mismo fallo de tutela la indemnización correspondiente, la cual es necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho “cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria” (Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992), así como el pago de las costas del proceso, lo cual se realizará por un juez competente o de lo contencioso administrativo una vez se surta el trámite correspondiente dentro del plazo de seis (06) meses siguientes al fallo de tutela (República, 1991), operando de esta manera el principio de oficiosidad.

Así las cosas, el juez de tutela deberá tener en cuenta que su fallo debe limitarse solamente a los perjuicios materiales y morales que pertenecen exclusivamente a la órbita del

⁵ De acuerdo con el artículo 1614 del Código Civil Colombiano (Ley 57 de 1887) en el cual se expresa: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento (...)”.

daño emergente, además debe “acreditar varios aspectos para otorgarla: i) un debido proceso de acción y contradicción por parte del accionado, esto indica que debe existir una prueba mínima de la ocurrencia del daño emergente, tal y como lo enuncia el Art. 1614 del código civil; ii) la violación tiene que ser manifiesta por el accionado; iii) la indemnización debe ser necesaria para el goce efectivo del derecho y; iv) el juez constitucional discrecionalmente debe decretarla, pero debe ser explícito en cuanto a la claridad del perjuicio otorgado, a las razones del resarcimiento para el goce del derecho, el hecho o el acto del perjuicio, la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño consumado y las razones que debe tener el juez competente para efectuar la liquidación del perjuicio” (otros., 2017).

10. Acción de tutela como herramienta para el goce efectivo del derecho a la salud

A pesar de que la ley 1122 de 2007 consagra en su artículo 41⁶ que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en casos taxativamente enunciados dentro de dicha norma y dentro de los cuales se destaca:

a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario (...) (Congreso de la República de Colombia, 2007).

⁶ Modificado por la ley 1949 del 08 de enero de 2019 “por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011(...)”, cuyo objeto fue enfocado en el fortalecimiento de la capacidad institucional de la Superintendencia Nacional de Salud en materia sancionatoria.

A su turno, se podrá presentar una demanda sin formalidades o autenticación ante la Superintendencia Nacional de Salud, resaltando que no se requiere actuar por medio de un abogado para este caso, sin embargo dicha demanda deberá contener la relación del derecho que se considere que ha sido vulnerado (derecho a la salud, la vida etc.) mediante un relato de los hechos con sus respectivos soportes y de acuerdo con las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrió la vulneración, para que dicha entidad adelante un procedimiento sumario mediante el cual operarán las diferentes garantías procesales tales como el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción entre otros.

En consecuencia, la Superintendencia Nacional de Salud tendrá veinte (20) para emitir una sentencia una vez haya sido radicada la demanda por parte del usuario, además una vez emitido y notificado el fallo, el mismo podrá ser apelado dentro de los tres (03) días siguientes a su debida notificación, cabe resaltar que “de ser concedido dicho recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Laboral del domicilio del apelante” (Congreso de la República de Colombia, 2007).

De la misma manera debe señalarse, que la Superintendencia Nacional de Salud conforme a lo establecido en el parágrafo 3° de dicha ley, puede adoptar como medida cautelar, el Ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.

Como se puede evidenciar, existe este procedimiento administrativo para buscar la efectiva protección del derecho a la salud, sin embargo en nuestro país se interponen diariamente gran cantidad de acciones de tutela, como mecanismo de protección a los derechos de salud y

seguridad social, lo que permite controvertir acerca del rol que desempeñan las empresas que tienen a su cargo la prestación oportuna del servicio de salud en el Estado colombiano y del manejo que se le ha otorgado a la acción de tutela como un mecanismo preferente para acceder a dicho servicio.

El régimen normativo y el servicio público de seguridad social en salud en Colombia no funcionan adecuadamente, lo que permite que tanto a los afiliados como a sus beneficiarios se les niegue el acceso a los servicios y a los medicamentos, además pese a pagar puntualmente sus cuotas; las personas fallecen esperando que se autorice el servicio de medicina general y especializada.

Como consecuencia de ello, los ciudadanos se han visto obligados a obtener el servicio por la vía excepcional de la acción de tutela. Quienes están en mejor posición, son obligados a contratar la medicina prepagada, teniendo en cuenta que el servicio público de salud es de baja calidad. En este sentido, y como se afirma coloquialmente, la salud en Colombia es un negocio de pocos, en el que las empresas prestadoras del servicio de salud (EPS) niegan o interponen toda clase de obstáculos para la prestación del servicio por el que los ciudadanos pagamos, o excluyen las prestaciones esenciales, necesarias para restablecer la salud o llevar una vida digna.

La acción de tutela en el derecho a la salud puede presentarse en tres planos: en el plano puntual de las reglas articuladas por la Corte Constitucional para conceder el amparo del derecho a la salud (i); en un segundo plano, el balance y la respuesta estructural que ha dado la Corte al estado de afectación permanente del derecho a la salud en Colombia, contenido en la sentencia

T-760 de 2008 (ii) y, finalmente, en la descripción de las protecciones concretas desarrolladas por medio de las acción de tutela (iii).

a) *Reglas fijadas por la Corte Constitucional para conceder la tutela en salud.* Los problemas constitucionales clásicos del derecho a la salud en Colombia, que han forzado a recurrir a la acción de tutela se relacionan con la negación del servicio, su baja calidad, la negación de la consulta, la atención, los procedimientos y la medicina. En este escenario, la justicia constitucional ha establecido reglas que definen los requisitos para que proceda de la acción de tutela en salud.

El suministro de medicamentos y la prestación de servicios de salud son materia reglada, tanto en el régimen de la ley 100 de 1993 (que establecía el Plan Obligatorio de Salud), como en el de la ley 1751 de 2015 (que establece el Plan de Beneficios en Salud), cada una de las cuales establece un régimen de coberturas y de exclusiones. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dispuesto la precedencia de la acción de tutela y la inaplicación del P.O.S. o del Plan General de Beneficios, si concurren los siguientes elementos.

- Que la falta del medicamento, la no prestación del servicio médico o quirúrgico impliquen la amenaza o la violación del derecho a la vida o a la integridad personal (física, mental o emocional) del paciente, bien porque se ponga en riesgo su existencia o porque la situación conduzca al deterioro del estado de salud que impida que la vida se desarrolle en condiciones dignas.

- Que no exista en el Plan Obligatorio de Salud o en el Plan General de Beneficios otro medicamento, tratamiento o servicio que supla al excluido con el mismo nivel de eficacia, de modo que se asegure la salud y las condiciones dignas de vida.
- Que el paciente carezca de recursos económicos suficientes para sufragar el costo del medicamento, el procedimiento o el servicio de salud mediante planes complementarios de salud, medicina propagada o programas de atención particulares.
- Que el medicamento, tratamiento o servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud o del Plan General de Beneficios, haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o de su beneficiario, quien debe estar adscrito a la entidad prestadora de servicio de salud a la que se le solicita.

Estas reglas generales son el presupuesto para que proceda la acción de tutela en salud, reglas que han sido precisadas ante la complejidad de los casos y de las situaciones relacionadas con la prestación del servicio y con la protección del derecho fundamental.

b) *Balance y respuesta estructural de la Corte Constitucional, a la violación permanente del derecho a la salud en Colombia.* La sentencia T-760 de 2008⁷ hace el balance del estado del derecho a la salud en Colombia, e incluye las órdenes concretas e integrales que deben cumplir las agencias estatales dentro de plazos específicos y sujetas al control de la Corte Constitucional. Si bien han transcurrido casi diez años, la situación de “estancamiento estructural” se mantiene.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

El fallo resolvió la acumulación de numerosos expedientes, cuyo tratamiento y solución se dispuso en cuatro secciones: la primera enuncia los antecedentes de cada uno de los casos; la segunda relaciona las pruebas decretadas por la Sala; la sección tercera contiene las consideraciones y fundamentos del fallo, mientras que en la cuarta y última se adoptan las decisiones del caso. En concreto, el fallo discurre en dos frentes que se enuncian al comienzo de la providencia:

- La presentación de las reglas de protección concretas por afectación del derecho a salud en Colombia.
- La identificación de las fallas estructurales en materia de *regulación* del sistema de seguridad social en salud y de *vigilancia* sobre el sistema.

a') *Balance de las reglas de protección concretas por afectación del derecho a la salud en Colombia.* En nueve apartados que identifican los problemas estructurales que enfrentan los usuarios para acceder al derecho a la salud, que se corresponden con otras tantas reglas que contienen las protecciones concretas de este derecho, “cuya solución ha sido clara y reiterada en la jurisprudencia de esta Corporación”, se hace este balance. Como se precisa en el fallo, ese estado de cosas tiene dos causas identificables: fallas en la *regulación* de la prestación del servicio a la salud y fallas en la *vigilancia* de la prestación del servicio. Las reglas son las siguientes:

- Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad y que el interesado no pueda costear.

- La entidad encargada de garantizar la prestación del servicio no respeta el derecho de las personas de acceder a los servicios de salud, si le exige como condición previa que pague la cuota moderadora, si no hay capacidad económica para asumir tal pago.
- El derecho a la salud se viola cuando la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, no autoriza la atención a un niño o niña, por no estar registrados en el plan obligatorio de salud, o por no correr riesgo su vida, con lo cual se ignora que se trata de sujetos de especial protección constitucional.
- La entidad prestadora del servicio de salud, en casos de urgencia, debe garantizar el acceso al servicio de salud, ordenado por un médico externo, sin necesidad de que sea avalado por un profesional adscrito a la entidad. En los casos en que no haya urgencia, la entidad debe someter a evaluación médica al paciente, y si no se desvirtúa el concepto médico externo, se debe atender y cumplir lo mandado por aquel.
- La acción de tutela procede para reclamar el pago de incapacidades laborales, en especial en los casos en que la entidad promotora del servicio de salud no ha hecho uso de los mecanismos de cobro, para lograr el pago de los aportes atrasados.
- El acceso al servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente y, en consecuencia, se viola el derecho a la salud cuando una EPS suspende el suministro de un tratamiento médico antes de que este haya sido asumido efectivamente por otro prestador. La protección es mayormente exigible en los casos de sujetos que requieren especial protección, por enfermedad catastrófica o por los elevados costos que supone su atención.

- La entidad prestadora del servicio desconoce el derecho a la salud si se niega a aceptar el traslado de un afiliado o beneficiario, cuando este sufre una enfermedad catastrófica y debe esperar más tiempo para poderlo hacer.

- Se viola el derecho de petición cuando la entidad encargada de prestar el servicio de salud, se niega o se abstiene de responder de fondo una petición para remover un obstáculo en los trámites necesarios para asegurar el adecuado flujo de recursos y garantizar el goce efectivo del derecho a la salud.

- Se vulnera el derecho a la salud con la interpretación restrictiva del POS, que excluye insumos no mencionados expresamente en él.

b') *identificación de las fallas estructurales relacionadas con la regulación del servicio de salud y su vigilancia.* La Corte afirmó que las autoridades competentes violan las obligaciones constitucionales de *respetar, proteger y garantizar* en el derecho a la salud, necesarias para asegurar su goce efectivo, y que existe *un déficit de protección constitucionalmente inadmisibile.*

Veamos:

- El Estado no protege el derecho a la salud de las personas al consentir las incertidumbres sobre la cobertura asegurada del Plan Obligatorio de Salud, con lo que impone cargas elevadas y construye barreras para impedir el acceso a los servicios de salud. Esta circunstancia es patente en las discusiones administrativas y judiciales sobre el alcance del POS.

- El Estado no protege el derecho a la salud, cuando propicia que la mayoría de las decisiones de tutela que permiten acceder a los servicios de salud, versen precisamente sobre los

servicios ya *incluidos y financiados*, por cuanto forman parte del Plan Obligatorio de Salud, POS.

- El Estado desconoce el derecho a la salud, al patrocinar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo de salud, en virtud de lo cual las personas beneficiarias del régimen subsidiado de salud tienen un plan de servicios inferior al establecido para los afiliados y beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud. Tal desconocimiento es especialmente sensible en el caso de los niños y niñas que pertenecen al régimen subsidiado.

- El Estado desconoce el acceso al derecho a la salud, al no fijar una regulación y un procedimiento que les permitan a los usuarios acceder a un servicio médico, diferente a la simple entrega de medicamentos, no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Para la Corte, “Esta omisión del regulador representa una gran barrera al acceso a los servicios de salud que requieren las personas, lo cual constituye un claro déficit de protección del derecho fundamental a la salud”.

- El Estado, por medio del FOSYGA debe asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En ese sentido, las entidades prestadoras de servicio (EPS) deben asegurar su satisfacción y repetir ante el Estado. También es su obligación asegurar el correcto flujo de los recursos que permitan a la entidad prestadora del servicio hacer el recobro.

c’) Órdenes relacionadas con las fallas estructurales del sistema y con las reglas de protección al derecho a la salud.

1) Órdenes relacionadas con los planes de beneficios. Son las siguientes:

- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud que los Planes Obligatorios de Salud (POS) se actualicen integralmente, definiendo con claridad qué se encuentra incluido y qué excluido de los planes y beneficios, con fundamento en el principio de integralidad y en el principio *pro homine*.

- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud, que adopte medidas para unificar los planes de beneficios en relación con los niños y niñas en el corto plazo, y para los adultos, cuando las autoridades competentes lo consideren adecuado. Al efecto, se debe disponer un cronograma de cumplimiento y supervisión a cargo de la Corte Constitucional, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Corte y de la Defensoría del Pueblo.

- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud, que adopte las medidas necesarias para reglamentar el trámite interno que debe adelantar el médico tratante para que la EPS autorice los servicios y los medicamentos no incluidos en el POS. Para cumplir este enunciado, se ordenó al Ministerio de Protección Social y a la Comisión, que regulen y ordenen a las EPS que se apliquen las reglas vigentes, para que los comités médicos científicos autoricen la prestación de los servicios.

- Con el objeto de evitar que se nieguen o se demoren los servicios que *sí* están incluidos en el POS, se expidieron dos órdenes: al Ministerio de la Protección Social, que adopte medidas para que todas las entidades promotoras de salud envíen a la Comisión de Regulación, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, *un informe* trimestral de los servicios médicos que fueren negados (i), y al Ministerio de la Protección Social y a la

Superintendencia Nacional de Salud, que adopten medidas para que *se identifique* a las entidades promotoras de salud (EPS) y a las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que con mayor frecuencia niegan la prestación de servicios enlistados en el POS (ii).

2) Órdenes relacionadas con el derecho al recobro ante el *Fosyga o ante las entidades territoriales, por servicios no previstos en el POS*. Fueron las siguientes:

- Con objeto de agilizar la ejecución de las sentencias de tutela, se ordenó al Ministerio de Protección Social y al administrador fiduciario de Fosyga, que adopten medidas que garanticen el procedimiento del recobro por las EPS, y que especificaron tres reglas básicas: que basta presentar los fallos de primera o de segunda instancia, según el caso, sin que el servicio o el recobro dependan de la selección en la Corte Constitucional (i); que no se exija, en la parte resolutive del fallo, la autorización del cobro al Fosyga (ii) y que no puede negarse el reembolso con fundamento en la glosa “Principio activo en POS” (iii).

- Con el fin de evitar las trabas en el sistema de recobro, se le ordenó al Ministerio de Protección Social, para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione con eficiencia y que el Fosyga desembolse los dineros concernientes al recobro. El incumplimiento de la orden implica *rediseñar* el sistema de recobro, considerando: la garantía del flujo oportuno de recursos (i), la definición de un trámite ágil y claro (ii); la transparencia en la asignación de recursos al Fosyga (iii), y la asignación de recursos para atender eficientemente las necesidades y las prioridades (iv).

3) Órdenes para proteger el derecho a la información en salud. *Carta de derechos y carta de desempeño*. Uno de los problemas del sistema de seguridad social en salud es el

relacionado con la falta de información a los usuarios acerca de los derechos, de cómo acceder al servicio y de la facultad de elegir la entidad prestadora que mejor garantice la realización del derecho a la salud, déficit que se concreta en el cumplimiento de obligaciones relacionadas con el consentimiento informado, la información y el acompañamiento. Respecto de este punto, se le ordenó al Ministerio de Protección Social que adopte medidas para obligar a las EPS, para que en el momento de la afiliación le entreguen a todas las personas: una carta de derechos del paciente, que incluya la declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial de 1981 (1), y una carta de desempeño, que contenga información básica sobre la calidad y desempeño de las distintas EPS e IPS (ii) ⁸.

4) Órdenes sobre cobertura universal. Otro problema central es el relacionado con la cobertura del derecho a la salud de las personas “vinculadas” (o “sisbenizadas”) al sistema, que contraría los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Para remediar la situación, la Corte Constitucional le ordenó al Ministerio de Protección Social que “adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud” y que informe cada seis meses a la Corte Constitucional y a la Defensoría del Pueblo los avances parciales, precisando que “En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán explicarse las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada”.d’) *situación de la salud en Colombia. El “cumplimiento” de las órdenes de la Corte Constitucional*. La parte resolutive de la sentencia T-780 de 2008⁹ fijó distintos plazos

⁸ Ibídem, consideración jurídica 6.3.2.

relacionados con el contenido de las órdenes que se expidieron. En general, el fallo debía ser cumplido entre octubre de 2008 y junio de 2009. La orden que tenía el plazo más extenso era la relacionada con la ampliación de la cobertura del sistema de salud y el cumplimiento del principio de universalidad, contenida en el punto resolutivo 29 del fallo, que específicamente estableció:

“*Vigésimo noveno.* Ordenar al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema de Seguridad Social en salud, en la fecha fijada por la ley –antes de enero de 2010 –. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones de incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada”.

El cumplimiento del fallo correspondía al Gobierno de Uribe, siendo ministro de salud el convicto Diego Palacio. Se formaron dos medidas:

- En primer lugar, el Ministerio contrató, con personas vinculadas al empresariado de la salud, diseñar la normativa que solucionaría los problemas que enumeró la Corte Constitucional. Los usuarios y los profesionales de la salud fueron excluidos de la discusión relacionada con ese derecho fundamental y sus problemas en Colombia.
- En segundo lugar, y con fundamento en esos “estudios”, el expresidente Uribe echó mano del instrumento favorito de los dictadores, el régimen de excepción, y procedió a

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-780 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

expedir el decreto 4975 de 2009, por el cual se declara el estado de emergencia social y, en uso de las facultades del caso, adoptó legislación de excepción para el sector de la salud.

El decreto de emergencia social tenía una parte motiva integrada por 43 “razones”, entre ellas la necesidad de que los recursos del Sistema cumplan su finalidad constitucional; que se establezca un marco regulatorio para que los planes y los recursos se armonicen con los principios constitucionales, y que se adopten mecanismos que garanticen la protección efectiva del derecho a la salud. También, y con fundamento en la declaratoria, se expidieron otros decretos: el 126 de 2010, que dicta disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control de la corrupción en el sistema de salud; el 127 de 2010, que establece un IVA del 14 por ciento al consumo de cerveza, con destino al sistema de salud; el 128 de 2010, que dispone que los servicios no previstos en el POS serán decididos por un comité técnico y pagados por los pacientes; el 129 de 2010, que busca controlar la evasión y la elusión en las cotizaciones a la salud; el 130 de 2010, que dispone que los premios no cobrados de los juegos de azar sean destinados a fortalecer el sistema de salud; el 131 de 2010, que sanciona a los médicos que ordenen tratamientos de medicina especializada; el 132 de 2010, que establece pautas para optimizar el flujo de los recursos; el 133 de 2010, que prevé medidas para su optimización; el 134 de 2010, que adiciona el presupuesto general de la Nación con destino al FOSYGA, al FONPRES y al CRES; el 135 de 2010, que dispone que el 3 por ciento de los recursos del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen organizado se destinará a programas de reducción del consumo de sustancias psicoactivas.

En ejercicio del control automático de constitucionalidad, la Corte por medio de la sentencia C-252 de 2010¹⁰ declaró inexecutable el decreto 4975 de 2009 y, por ende, inexecutable casi todos los decretos legislativos; subsistieron aquellos que creaban impuestos destinados a la salud.

La administración del presidente Santos radicó en octubre de 2010 varios proyectos de ley destinados a reestructurar el derecho a la salud en Colombia. Si bien estos proyectos resultan más constructivos que las iniciativas presentadas por el anterior gobierno, incluyeron normas destinadas a restar eficacia a la acción de tutela en materia de salud, mediante la inclusión de la “regla fiscal” y el “principio de sostenibilidad financiera”, que implicaría que los jueces de tutela no podrían ordenar amparos en salud que demanden gastos, o que a lo sumo podrían otorgar el amparo, pero indicando la fuente de los recursos con los que se asumirá el gasto.

Finalmente, y como ya se mencionó, se expidió la ley 1751 de 2015, Estatutaria de la salud, que conservó el modelo empresarial que tanto daño le causa a la sociedad en su conjunto, nominalmente suprimió el Plan Obligatorio de Salud, reconoció la fundamentalidad del derecho a la salud e incluyó el principio de integralidad conforme al siguiente enunciado: “*Artículo 8º. La integridad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.*”

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“En los casos en lo que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

c) Protecciones concretas y situación actual. El derecho al disfrute del nivel más alto de salud. El amplio espectro de las protecciones concretas del derecho de la salud en Colombia lo documenta la sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte, con precisión y comedimiento, ilustra con más de cien precedentes, la variedad y características de estos amparos. Es decir, el que estudie casos concretos y líneas jurisprudenciales, allí se puede encontrar la una fuente significativa de información.

Sin embargo y a pesar de los esfuerzos emprendidos por la Corte Constitucional mediante la Sala de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 y la expedición de la ley 1751 de 2015, los ciudadanos siguen acudiendo ante los jueces en busca de protección, en una situación que no solo se prolonga, sino que llega a la desfachatez de las EPS, a las que les resulta rentable el ejercicio de la acción de tutela, como se desprende de los contenidos y efectos de múltiples fallos, entre los que vale referir la sentencia T-790 de 2012¹¹, que además de constituir en una vergonzosa denuncia, actualiza los elementos dogmáticos de la tutela en salud.

En este fallo, la Corte acumuló ocho expedientes en los que SOLSALUD EPS, Nueva EPS, FAMISANAR EPS y COOMEVA EPS, del modo más miserable y con la complicidad de algunos jueces que negaron varias solicitudes de amparo, consumaron la violación de numerosos derechos fundamentales de cinco personas de la tercera edad y de tres menores de edad. En la

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-790 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

mayoría de los casos la violación de los derechos se fundamentó en el dictamen de comités técnico – científicos, figura perversa implantada mediante la resolución 3099 de 2008 de Ministerio de Protección Social (era ministro el señor Diego Palacio, hoy condenado por la Corte Suprema de Justicia).

La sentencia refiere la situación de las siguientes personas: las señora Esther Julia Sarria, de 97 años, quien sufría infección en vías urinarias; la señora Ana Graciela Ortiz, de 97 años, quien padecía enfermedad cerebrovascular, diabetes, melitis, hipertensión, síndrome convulsivo secundario y artritis reumatoide; el niño Kilian Orjuela Valderrama, de 9 años, quien padecía parálisis cerebral secundaria e hidrocefalia congénita; la señora Leonor Sierra, de 59 años, con disfunción neuromuscular de la vejiga; el señor Leonardo Gordillo Rodríguez, de 92 años, quien padecía enfermedad mental, demencia progresiva y mixta, con incontinencia, enfermedad coronaria e insuficiencia renal crónica; la niña María Paula Cuadros Alfonso, de 14 años, quien padecía secuelas de meningitis por neumococo y parálisis cerebral cuadropléjica hipofísica desde su nacimiento; el señor Juan Elías Patiño Hurtado, de 87 años, quien sufría limitación funcional por secuelas de enfermedad cerebro vascular, con incontinencia urinaria, y el niño Ángel Mauricio Villaquirá Jaimes, de 16 años, quien desde su nacimiento padecía parálisis cerebral epostática con hipoxia cerebral. De acuerdo con el texto del fallo, las víctimas solicitaron a las EPS citas con especialistas, el tratamiento integral de salud y el suministro de pañales, que les fue negado aduciendo distintos motivos, algunos relacionados con exclusiones del Plan Obligatorio de Salud. Respecto del suministro de los pañales, las EPS alegaron que habían sido declarados por el INVIMA elementos de aseo y no de salud.

En su decisión, la Corte Constitucional revocó todos los fallos de instancia que habían negado los amparos y dispuso dos órdenes específicas: convocar juntas médicas, con la asistencia de los médicos tratantes cuando ello fuere posible, para valorar los tratamientos y las medicinas requeridas por los pacientes y suministrar los pañales necesarios en todos los casos. Además, dispuso advertir a cada EPS, que debían seguir prestando ininterrumpidamente la atención integral de salud a estos pacientes.

Además de lo ya expuesto, este fallo es muy valioso por el balance que hace de los elementos dogmáticos de la tutela en salud, al reiterar reglas que podemos presentar en la siguiente forma:

a') *El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud, que permita vivir dignamente.* Sobre este punto la Corte reitero la existencia y vigencia de este derecho, y como punto de partida se apoya en que la protección que otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud es reforzada e integral, como se deriva de la consideración dos (enunciados normativos): el parágrafo 1° del artículo 45 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el parágrafo 1° del 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sirven de fundamento a la interpretación contenida en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según la cual, “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. *Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente [...]*”

b') *los criterios para el suministro de insumos, medicamentos y servicios excluidos del POS.* Reitera la jurisprudencia relacionada con los cuatro criterios que deben tenerse en cuenta al ordenar el suministro de insumos, medicamentos y servicios excluidos del POS por vía de tutela:

- Que el no suministro del fármaco o del servicio médico implique amenaza o vulneración de los derechos a la vida o integridad física del paciente.
- Que no exista en el plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla el excluido.
- Que el paciente carezca de recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento. Sobre este punto debe precisarse, con fundamento en numerosos precedentes, que “si el juez constitucional verifica que la asunción de los costos del medicamento generará un deterioro progresivo en el patrimonio de la familia del paciente que terminaría por comprometer la satisfacción de sus necesidades básicas, deberá tener por acreditado este requisito”.
- Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio de salud haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario adscrito a la EPS a la que se le solicita. Este criterio también debe ser precisado, en la medida en que en numerosos casos “las órdenes médicas provenientes de un facultativo particular, no adscrito a la EPS del reclamante, pueden llegar a tener valor”.

c') *El carácter imperativo del principio de continuidad y del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud.* La Corte reiteró la imperatividad de los mandatos contenidos en estos dos principios; así:

- Principio de continuidad. De acuerdo con este principio, las EPS están condicionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida, aun cuando se trate de servicios no previstos en el POS, si fueron autorizados de manera previa y no existe razón válida para interrumpir su suministro.

- Principio de integralidad. Según el cual, la atención a la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, las prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento, así como otros componentes que el médico tratante valore necesarios para restablecer la salud del paciente.

11. El derecho a la salud enmarcado dentro los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Dentro de la Carta Política de 1991, le fueron otorgados a los ciudadanos colombianos entre otros, los derechos a la seguridad social y el derecho a la salud, incluidos en el Título II, Capítulo 2, bajo el apelativo de «Derechos económicos, sociales y culturales», estableciendo como principios la universalidad, la solidaridad y la eficiencia, derechos elevados a la categoría de servicios públicos de carácter obligatorio y su prestación bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

La acción de tutela trajo de la mano doble finalidad, en primer lugar, como mecanismo de protección de derechos fundamentales cuando, como consecuencia de la no protección del derecho a la salud, se afecte o lesione el derecho a la vida u otro (s) derecho (s) de contenido fundamental, como lo es también la garantía del mínimo vital, pero también en segundo lugar, como un proceso alterno que deben utilizar los usuarios para acceder a servicios de salud y más concretamente a la atención médica a través de la cual se hace efectivo ese derecho.

El derecho del cual se busca más su protección mediante la acción de tutela es el derecho a la salud¹², lo cual no es ninguna novedad si se considera que alrededor de la salud se concreta la tensión entre la existencia de un derecho fundamental, la prestación de un servicio público, el alcance de las políticas públicas y la obligación pública y privada de satisfacer las garantías de los sujetos individualmente considerados.

Para desarrollar el tema de la acción de tutela en el derecho a la salud, se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, nos detendremos en el contenido y características del derecho a la salud como derecho fundamental, refiriendo sus marcos normativos (i), para luego precisar las reglas y estándares vigentes en materia de salud y de tutela en salud (ii). Para concluir, se presentan las directrices de la jurisprudencia sobre la protección en salud por vía de tutela en Colombia (iii).

¹² Es así como durante el año 2018 se pudo evidenciar según informe elaborado por la Defensoría del Pueblo, que la cifra más alta en materia de tutela, fue la de aquellas interpuestas por vulneración del derecho a la salud, tal y como lo evidenciaron en los años que antecedieron a este. (La tutela y los derechos a la salud y seguridad social 2018)

11.1 La salud y su régimen jurídico.

El derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra establecido en el Título II Capítulo 2 de la Constitución Política, como un derecho de contenido prestacional, elevado a la categoría de Servicio Público, cuya prestación es de imperativo cumplimiento de conformidad con el Art. 366 de la Constitución Política. La posición de la Corte Constitucional en lo que atañe al carácter de derecho fundamental de la salud y a la seguridad social, ha venido considerando que el derecho a la salud implica la exigencia del desarrollo de una vida en condiciones dignas y justas.

La jurisprudencia inicial de la Corte adoptó en numerosos fallos el concepto de salud dispuesto por la Organización Mundial de la Salud – OMS –, que involucra tanto las intervenciones específicas, como el conjunto de actuaciones necesarias para recuperar la calidad de vida, hoy comprendidas bajo el principio de integridad. Así señaló, en la sentencia T – 597 de 1993¹³, que el derecho a la salud involucra las situaciones de deterioro de la calidad de vida, “idea esta que se complementa con la definición de la salud como ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’. La salud no puede asimilarse a una situación estática. Su carácter prestacional es esencial y comprende, no solo la intervención puntual necesaria para evitar la enfermedad, sino también, la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de vida.

En el sistema colombiano, el derecho a la salud ha sido previsto en el artículo 49 de la Constitución, norma que establece básicamente dos contenidos:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- En primer lugar, caracteriza a la salud como un servicio público y como un derecho (inc. 1°).
- En segundo término, y en un todo conforme a la concepción neoliberal, convierte la salud en un negocio, al entregarla a los empresarios, reservándose el Estado la regulación y el sofisticado derecho de “ejercer su vigilancia y control” (inc. 2°).

Esta norma fue reformada mediante el acto legislativo 2 de 2009, mediante un enunciado adicionó dos incisos destinados a penalizar la “dosis personal” mediante procedimientos médico-administrativos.

El artículo 49 de la Constitución, que establece el derecho a la salud, está ubicado en el capítulo 2 del Título II de la Constitución, Derechos sociales, económicos y culturales. En este sentido y con criterio esencialmente formal, durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la salud no recibió trato de derecho fundamental y para protegerla por vía de tutela, la Corte Constitucional tuvo que echar mano al expediente de la conexidad. De acuerdo con esta, para que procediera la tutela en salud era necesario demostrar la conexión entre un derecho fundamental (de ordinario el derecho a la vida, la dignidad o la integridad personal) y un derecho social (para el caso, la salud).

La regla vigente, construida a lo largo del decenio de 2000 y consolidada por medio de la ley 1751 de 2015, establece que “el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental” y que la Corte Constitucional lo ha protegido evolutivamente por tres vías:

- Por vía de la conexidad del derecho a la salud con los derechos a la vida, de integridad personal y la dignidad.
- Por la vía del sujeto de especial protección constitucional. En este sentido, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, la mujer o el hombre cabeza de familia, los discapacitados, los desplazados o las víctimas del conflicto, el derecho a la salud es un derecho fundamental.
- Por la vía de su protección directa como derecho fundamental, que es la regla actual, “afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”, adicionado al reconocimiento expreso de su fundamentalidad que concreta el artículo 2° de la ley 1751 de 2015, de acuerdo con el cual, “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”.
- El régimen normativo de derecho a la salud puede segmentarse en dos componentes fundamentales: el del derecho interno, integrado por las normas constitucionales, por las normas legales, principalmente la ley 100 de 1993, las leyes que reformaron y la ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones; los decretos de contenido administrativo que la desarrollan, y las reglas de la jurisprudencia emanadas de la Corte Constitucional. Su segundo componente son las normas del sistema internacional, que ingresan al sistema interno por la vía del bloque de constitucionalidad.

a. *El régimen normativo constitucional del derecho a la salud.* Como aconteció con otras materias, la Carta de 1991 introdujo modificaciones en la configuración de la salud, pasando del concepto de “asistencia pública” de la Constitución de 1986, a las instituciones jurídicas del “servicio público de salud” y de “derecho a la salud”. La norma de la Constitución de 1886, incorporada por el artículo 16 del acto legislativo 1 de 1936, era el artículo 19 y disponía:

“La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

“La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

En sentido contrario, la Carta de 1991 trae una disposición de amplio espectro, en la que la salud ofrece dos configuraciones básicas, principalmente las de servicio público y como derecho fundamental. De acuerdo con la Constitución, la salud se entiende:

- Como derecho fundamental de los niños, en el artículo 44 de la Constitución.
- Como derecho de las personas de la tercera edad, al establecer en el artículo 46 de la Carta, que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad [...]”.
- Como la obligación estatal de articular políticas públicas “de previsión rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes

se prestará la atención especializada que requieran”, conforme al artículo 47 de la Constitución Política.

- Como servicio público y derecho fundamental, según lo dispone el artículo 48 de la Constitución.

- Como especial protección a todo niño menor de un año, no amparado, quien “tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aporte del Estado”, según prevé el artículo 50 de la Carta.

Además, integran el régimen constitucional de la salud las reglas que constituyen la “jurisprudencia en vigor” dispuesta por la Corte Constitucional.

b. *Régimen normativo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* (Parra, 2003), en su trabajo sobre el derecho a la salud a partir del bloque de constitucionalidad, sectorizó en tres grupos la normativa internacional que debe ser aplicada en Colombia, así:

a. *Tratados públicos sobre derechos y obligaciones en salud.* Del Sistema Interamericano, se refieren tres: la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Del Sistema Universal de Derechos Humanos, concurrirían otros tres instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención contra la

Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

b. Tratados públicos sobre derechos y obligaciones en salud de sujetos de especial protección. Del Sistema Interamericano se adoptan dos instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad.

Del Sistema Universal de Derechos Humanos se tienen en cuenta numerosos instrumentos, entre los que cabe destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y los Convenios de la OIT en relación con la salud en el trabajo, entre otros.

c. Normas que constituyen derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional en materia de salud. Como señala (Parra, 2003), estos documentos no tienen el carácter de tratados públicos, pero son fruto del consenso de las comunidades internacionales y son de aplicación general por los Estados signatarios. Entre muchos, cabe destacar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Declaración y Programa de Acción de Viena. Declaración de Alma-Ata sobre la Atención Primaria en Salud, Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud y las Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos. Junto con estos documentos, también tienen fuerza vinculante las interpretaciones y recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados

sobre derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas, varias de las cuales han sido tomadas como referentes normativos en la jurisprudencia constitucional. Cabe aquí destacar: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos de los Niños. Tienen en esta materia valor especial las resoluciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

11.2 La salud como servicio público y como derecho fundamental.

Durante la etapa inicial de la Constitución de 1991, fue considerada la jurisprudencia de la Corte por medio de la cual distingue la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales. Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C. P. arts. 48 y 49)”.

Esta línea de comprensión fue reafirmada en la sentencia SU-819 de 1999¹⁴, que además enunciaría dos dimensiones de la seguridad social, a partir del análisis de los artículos 48, 49 y 335 de la Constitución:

“La seguridad social en el ámbito de la salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución, representa el deber que tiene el Estado de

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de salud, con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

“La seguridad social como actividad privada de interés público, en desarrollo de lo previsto en el artículo 365 de la Carta, se proyecta al conjunto de beneficios opcionales y voluntarios que no corresponde garantizar al Estado bajos los principios de solidaridad y universalidad, cuya financiación se surte de manera exclusiva con los recursos de los particulares, diferentes a los aportes obligatorios que estos deben hacer a la seguridad social”.

El tratamiento de la salud como derecho constitucional corresponde a un tránsito. La salud se considera en el artículo 48 de la Constitución como un servicio público y como uno de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que condujo a decir que en principio su tratamiento le correspondía al ámbito de las políticas públicas y al desarrollo legislativo. Sin embargo, la baja calidad del servicio de salud, la violación de los derechos de las personas y las disfunciones del sistema, hicieron que se fuera acentuando la lectura de la salud como derecho constitucional complejo que debía ser protegido por vía de tutela cuando fuese necesario. Para el efecto se apeló al mecanismo de la conexidad de la salud con algunos de los derechos fundamentales, usualmente la vida o la dignidad.

El acento de la salud como derecho constitucional, haría tránsito hasta ser comprendida como derecho fundamental. La ya citada sentencia SU-819 de 1999 refiere el carácter constitucional de ese derecho, que se irá desplegando en distintos fallos, hasta llegar a la

sentencia T-760 de 2008¹⁵, en la que se señaló expresamente, que la salud es un derecho constitucional que tiene el carácter de fundamental, superando de este modo el recurso a la conexidad:

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

En el mismo fallo la Corte precisó que la salud es un derecho complejo, por su concepción, por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, por la magnitud y variedad de las acciones que su cumplimiento demanda tanto del Estado como de la sociedad, que adicionalmente protege numerosos ámbitos de la vida humana desde diferentes perspectivas.

Conforme se mencionó, la cuestión acerca del carácter fundamental de derecho a la salud quedó definitivamente zanjada con la expedición de la ley 1751 de 2015, que en el artículo 2°

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

dispuso expresamente que “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”.

12. Reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental en Colombia

El 4 de julio de 1991 fue aprobada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente la nueva carta fundamental, con la cual se derogó la Constitución de 1886 cuya vigencia perduró por más de 100 años. Conocida desde entonces y hasta la actualidad, como la Constitución Política de Colombia, en la cual se consagran 380 artículos definitivos y otros tantos transitorios, dentro de los cuales se encuentran una gran cantidad de derechos, tales como: Los derechos fundamentales o de primera generación, derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, y derechos colectivos y del ambiente o de tercera generación.

Es así, como se adopta de igual manera por parte del Estado colombiano la noción de Estado Social de derecho, cuyo concepto es de origen político alemán (Sozialstaat – estado social y “Sozialrechtsstaat”– estado social de derecho), y que consiste en imponer al Estado la obligación de velar por la protección de derechos que se consideran fundamentales, siendo entonces una cláusula social a partir de la cual es irradiado todo el ordenamiento jurídico (Henao, 2012).

De la misma forma, se crea la Corte Constitucional para salvaguardar la integridad de la carta y con ello garantizar que se protejan y materialicen efectivamente los derechos allí consagrados, tales como el derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana y el derecho a la salud entre muchos otros. No obstante, es menester recordar que dentro de las categorías o clasificación que dio el constituyente primario a todos los derechos dentro de la carta, no se

pueden desconocer otros que al ser inherentes a las personas, no figuren expresamente en su contenido, tal como lo expresa el artículo 94 de la norma superior

Así pues, la misma Carta Política reconoce que existen derechos inherentes a todas las personas, los cuales pueden ser reconocidos por los jueces constitucionales, quienes se pronuncian mediante sentencias cuyo cumplimiento es obligatorio para quienes son los encargados de materializarlos.

Partiendo entonces de lo anteriormente expuesto, se puede indicar que el derecho a la salud, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 superior, fue reconocido mediante desarrollo jurisprudencial como derecho fundamental por la Corte Constitucional, al reconocerle que tiene naturaleza de derecho fundamental (Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003).

Adicionalmente, la misma Constitución ha consagrado evidentemente en su artículo 44, que el derecho a la salud es fundamental y por ende de aplicación directa cuando se trata de los niños.

De la misma forma, la Corte Constitucional ha admitido la tesis de conexidad mediante la cual, se puede exigir por vía de la acción de tutela la obligación derivada de un derecho constitucional, cuando dicha obligación se encuentra estrechamente relacionada por conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental, tales como el derecho a la vida o el derecho a la igualdad (Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008).

De esta manera, la jurisprudencia Constitucional en lo que corresponde a la protección debida del derecho a la salud, se ha construido a partir de los fallos en sede de revisión por parte

de la honorable Corte Constitucional, a la cual son allegados todos los fallos de las acciones de tutela¹⁶ a nivel país. Siendo entonces de gran importancia el papel del alto tribunal al construir una definición y caracterización propia de este derecho, ya que a partir de las mismas se podrá exigir jurídicamente su completa protección. (Rudas, La Protección Constitucional del Derecho a la Salud: La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, 2006).

Así las cosas, es importante tener en cuenta los informes publicados por la Defensoría del Pueblo durante los años 2018 y 2019, donde se indica que durante el año 2018, fueron interpuestas 607.308 tutelas¹⁷, de las cuales 207.734 corresponden a la solicitud de protección por vulneraciones del derecho a la salud y su relación con otros derechos tales como la vida¹⁸, la dignidad humana¹⁹ y la integridad personal.

Mientras que durante el año 2019 fueron interpuestas 620.257 tutelas, siendo 207.638 invocadas por el derecho a la salud, el cual refleja aumentos de forma anual (Defensoría del Pueblo, 2020).

En este sentido, se puede indicar que el propósito constituido en la sentencia T-760 de 2008, no se está logrando, ya que las medidas que se esperaba que fueran implementadas para

¹⁶ Siendo la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados de serlo, por parte de cualquier autoridad pública o, excepcionalmente, por los particulares. Esta se encuentra regulada mediante el Decreto 2591 de 1991.

¹⁷ Fuente: Corte Constitucional / Proyecciones de población DANE Cálculos: Defensoría del Pueblo.

¹⁸ Consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991, en donde se expresa que el mismo es un derecho inviolable.

¹⁹ Siendo uno de los pilares fundamentales de la carta política de 1991, donde se expresa en su artículo 1º que, Colombia es una república unitaria fundada en el respeto de la dignidad humana.

que se garantizara de manera efectiva el derecho fundamental a la salud no se está evidenciando, teniendo en cuenta como parámetro de observación las cifras de las acciones de tutela interpuestas durante los últimos años.

13. La jurisprudencia como fuente de derecho y su importancia en el ordenamiento jurídico colombiano

El alcance de la jurisprudencia no ha sido siempre el mismo y ha estado sujeto a un recorrido histórico en el que ha ido adquiriendo no solo el carácter de fuente del Derecho sino vinculatoriedad como norma jurídica. Esto debido a la labor del juez, ya que a partir de sus decisiones frente a casos concretos se va generando el precedente judicial que podrá ser invocado para la resolución de problemas jurídicos a los cuales el mismo resulte aplicable.

13.1 Las fuentes del derecho

Podemos encontrar distintos conceptos y categorías de las fuentes del derecho, algunos más amplios, otros más restrictivos, que como ya se ha señalado dependerán de las formas y modelos asumidos por los distintos ordenamientos jurídicos. Así, son varias las definiciones y mayor aún los criterios de clasificación que encontramos. Revisaremos algunos de ellos para delimitar la respuesta a la pregunta de *qué* se entiende por fuente del derecho.

El concepto de fuente de derecho, en un sentido técnico y de dogmática jurídica, se refiere especialmente a los orígenes próximos del derecho, a la elaboración y producción de las reglas que contienen la modelación jurídica de las relaciones de la vida social y en ese sentido más específicamente las que tengan virtud bastante para producir una nueva regla jurídica, y en tal respecto obligatoria para todos los asociados que comparten la vida en común en un tiempo y

lugar determinado, de manera de regirse para ciertos límites – deber ser – que la sociedad misma considera necesaria para su buen funcionamiento y para el mantenimiento de la paz social. La consideración de la fuente del derecho reside en principio, en palabras de López Calera, en “quién o quiénes están autorizados dentro de un sistema jurídico, para crear derecho y a cuál o cuáles son las formas que adopta el derecho”.

13.2 Clasificación de las fuentes del derecho

Tal como se ha entendido fuente del derecho, como las normas de una sociedad ya constituida, en virtud de la cual se exige un comportamiento determinado a los individuos que la componen, podemos atender a una serie de criterios que clasifican esta materia. A nuestro juicio, y para determinar el efecto vinculante de la jurisprudencia de los tribunales de justicia como fuente del derecho, hemos de distinguir las siguientes: las fuentes reales o primarias, es decir, los poderes sociales a los que, dentro del ordenamiento jurídico, se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas con independencia, por propia potestad soberana, y las fuentes secundarias, que dentro de una fuente primaria se distinguen por razones de poder o racionalización de su ejercicio; las fuentes directas e indirectas, son las primeras las que encierran en sí las normas, y las indirectas, son aquellas que ayudan a la comprensión y a la producción de la norma, pero sin darle existencia por sí misma; finalmente, las fuentes materiales y fuentes formales. Por las primeras se designan los factores que mediata o inmediatamente influyen en el contenido de las normas jurídicas, y por las segundas, las formas a través de las cuales se manifiesta o crea el derecho. Son estas las tres definiciones de las fuentes del derecho que nos sirven para comprender la vinculación que puede tener la labor judicial. El debate doctrinal radica en darle la categoría de fuente primaria, directa o formal a los fallos reiterados

de los tribunales superiores de justicia, que resuelven los casos concretos, con miras a la unificación del derecho, de manera de lograr certeza jurídica. Así, en la medida que se reconozca obligatoriedad al actuar judicial, las sentencias vinculan en primer lugar al mismo tribunal que dictó la sentencia y sin duda a los tribunales inferiores de justicia en las decisiones futuras que deben tomar en los casos idénticos o similares que se les presenten. Ello trae como consecuencia un desarrollo judicial del derecho y una creación normativa que vincularía más allá del caso concreto, finalmente con carácter de generalidad y abstracción.

13.3 Jurisprudencia como fuente de Derecho

Se ha debatido ampliamente acerca de sí la jurisprudencia es o no fuente directa o formal del derecho. En esta materia la doctrina se encuentra dividida, encontramos un grupo de autores que mantiene una tesis positiva, que dan a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del derecho, y, al contrario, quienes mantienen una tesis negativa.

Tesis que consideran la Jurisprudencia como fuente del derecho

Se afirma que la jurisprudencia debe ser considerada fuente directa del derecho. Entre quienes mantienen esta postura, existe la discusión en tanto en cuál sería el fundamento de la fuerza obligatoria que ésta tendría, especialmente, en la medida que se relacione con otras fuentes de derecho. Algunos de los argumentos propuestos son los siguientes:

La Jurisprudencia como costumbre

Un primer fundamento lo encontramos en quienes sostienen que se debe asimilar ésta a la costumbre, ya sea como una subclase de costumbre o derechamente como una especie de

derecho consuetudinario. La importancia de la labor de la jurisprudencia judicial radica en la dictación de sentencias en los casos concretos. Las decisiones de casos análogos o idénticos tienden a modelarse, hasta fijarse en determinada cuestión. Para Colín y Capitant, a partir de ese instante fijador, es como una disposición nueva de un derecho consuetudinario y práctico que brota a la vida. De manera que, aunque no se trate de precedentes vinculantes para los jueces, como los del derecho de la Common Law o el judicial inglés, éstos los inspiran de un modo fatal. El derecho judicial adquiere reconocimiento ante la repetición de sus sentencias, y siendo una forma consuetudinaria de derecho tendrá características particulares. No se llamará jurisprudencia, sino a aquella aplicación del derecho repetida y constante, uniforme y coherente, por tal modo que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y de aplicar las normas jurídicas. En el mismo sentido ha reconocido a la jurisprudencia, en cuanto a norma jurídica, De Buen, una subclase de derecho consuetudinario, que tiene, sin embargo, características propias, que le singularizan, hasta justificar que se le considere como una norma sustantiva. Así aquellas sentencias constantes y uniformes que emanan de los Tribunales Superiores de Justicia, que han resuelto con un mismo criterio los casos similares que han llegado a su conocimiento, y esta decisión tiene la fuerza de derecho consuetudinario.

Los principios jurídicos en la jurisprudencia

Hay quienes encuentran la fuerza obligatoria de la jurisprudencia en la aplicación que ésta hace de los principios jurídicos. Se ha pronunciado en ese sentido también De Buen, quien cree que la interpretación hecha por el Tribunal Supremo Español de los principios generales del derecho se asimila a la doctrina legal, y como tal mantiene el carácter de fuente del derecho

español. Para esta doctrina ni la ley ni los códigos tienen la completitud necesaria para dar la solución precisa a la totalidad de los casos prácticos que llegan a su conocimiento. Se producen las lagunas legales y la pauta que han de seguir los jueces para llenarlas es la que les presentan los principios jurídicos. Para esta tesis positiva ve en la aplicación de los principios jurídicos la jurisprudencia. En este único sentido ve Castán Tobeñas la jurisprudencia en cuanto a fuente del derecho. Este autor, que considera que la creación del derecho incumbe a la sociedad (costumbre) y a los órganos oficiales encargados de esta misión (ley), nos señala: “Por otra parte, el sentido dado por el Tribunal Supremo a los principios generales del derecho equivale a confundirlos e identificarlos con la antigua doctrina legal, y, por ende, a facilitar a la jurisprudencia un camino para volver a ingresar en la categoría de las fuentes directas”.

Estimación de la jurisprudencia como fuente del derecho sin necesidad del reconocimiento legal que la justifique

Tanto Castán Tobeñas como Puig Peña reconocen la existencia de una tesis avanzada para la cual poco importaría el reconocimiento formal de la jurisprudencia como fuente de derecho. Por el simple hecho de que la jurisprudencia se imponga incontrastablemente en la vida judicial, se demuestra de forma indiscutible que es una fuente jurídica. Sería esta circunstancia una perfecta demostración de una costumbre contraria a la ley, derivaría de este supuesto su legitimidad.

Dirección sociológica y realista

Para el grupo de autores partidarios de esta tendencia positiva la jurisprudencia posee un valor práctico superior a la ley, prevalece en el caso concreto la decisión judicial sobre las

fuentes formales del derecho, con un alcance muy superior al que puede asumirse. Par Puig Brutau, el derecho es eminentemente un derecho de jueces, en definitiva, obra de juristas, el valor persuasivo de las sentencias es independiente de que se trate de una doctrina reiterada del Tribunal supremo para que pueda ser alegada como fundamento, incluso para motivo de casación, y basta para ello que el valor de la sentencia sea persuasivo y que su criterio confiera solución eficaz a un problema social. La jurisprudencia es indudablemente una fuente del derecho, son los órganos que dan la visión intelectual de la realidad misma, que solucionan e intervienen en el caso concreto señalando el criterio al que deben someterse los tribunales inferiores.

Doctrina intermedia.

Sigue una doctrina ecléctica igualmente a nuestro juicio, Castán Tobeñas, en la que es necesario detenerse algo más de lo visto. La creación del derecho quedaría fuera de la competencia de los tribunales y los jueces, ya que de no ser así se infringe el principio de la separación de los poderes que es la base de nuestro orden constitucional. No habiéndose señalado expresamente como fuente directa del derecho por el propio legislador, no es definitivamente una fuente autónoma de producción jurídica. En el sistema continental se trataría de una jurisprudencia constante según el cual lo que constituye una regla jurídica es no la solución dada a un litigio aislado, sino la práctica que se deriva de la serie de decisiones que recaen sobre casos idénticos o análogos. Como tal la jurisprudencia debe ser considerada fuente del derecho distinta de las otras fuentes, más bien le atañe a ésta en definitiva la aplicación práctica y en definitiva la sistematización de las otras fuentes del derecho.

Tesis que no consideran la jurisprudencia como fuente del derecho

Frente a las tesis que le dan a la jurisprudencia la categoría de fuente de derecho, la doctrina mayoritaria reconoce la importancia de la labor del juez, sin embargo, niega a la jurisprudencia la labor creadora de derecho propia de las fuentes formales, directas, también denominadas reales por la doctrina española. Son variadas las razones que se sostienen en dicho sentido:

No corresponde a los tribunales de justicia el desarrollo de la labor normativa

Por disposición constitucional e igualmente por disposición de la ley, la labor de los tribunales de justicia se encuentra limitada al conocimiento y la resolución de los casos que se le presenten. No le compete al juez determinar la organización social a través de la dictación de leyes de carácter general, escapa de sus funciones la de crear derecho, estaría con ello contraviniendo la organización del Estado. Por tanto, se proclama la sujeción del Poder Judicial a la ley, lo que implica la prohibición del desarrollo judicial del derecho. No puede haber invasión del Poder Legislativo por parte del judicial, como corresponde a un sistema de separación de poderes. Lo señalado anteriormente tiene su fundamento en el principio de separación de poderes que caracteriza a las democracias actuales. Ahora bien, ello quedaría claramente definido, a nivel normativo, si fuese reconocido expresamente, sea por el constituyente o legislador, en este sentido, es preciso establecer cuáles en definitiva son las fuerzas creadoras del derecho y la enumeración y jerarquía de ellas está condicionada por el sentido histórico y actual de cada ordenamiento jurídico.

No contienen las sentencias de los tribunales de justicia la generalidad y la abstracción propia de las normas jurídicas

La sentencia no propone ni manda un modelo de conducta a seguir. La sentencia determina a través de un juicio razonable cuál es el derecho aplicable a un caso concreto que ha llegado a su conocimiento. Señala Clemente de Diego, que jurisprudencia no se llama a cualquier aplicación del derecho aislada, ésta debe revelar en su actuación un criterio, una pauta general, en la aplicación de las normas jurídicas. Se trata, por tanto, de una declaración no abstracta, sino concreta con fuerza de ley para el caso que resuelve; es por tanto fuente de derechos subjetivos, pero no de derecho objetivo. En este mismo sentido, entonces, la jurisprudencia judicial no es propiamente una fuente formal del derecho, es más, las fuentes del derecho son lo que la jurisprudencia interpreta y aplica. Para esta doctrina la jurisprudencia carece de los requisitos básicos que han de considerarla fuente directa del derecho, carece de los supuestos de abstracción y generalidad que caracterizan a la norma legal, su producción a través de sentencias estaría limitada por hechos relativos a un caso concreto, limitada a la creación de derechos subjetivos. En cuanto al papel que tiene la jurisprudencia en el desarrollo del derecho, señala Vallet de Goytisolo que antes que “aplicación” o “creación” sería correcto “determinación” y “concreción”, o cualquiera otra denominación equivalente o semejante que se prefiera, resultan más ajustadas y expresan mejor el significado de la función judicial, que sin duda es la de resolver lo más justamente posible al caso enjuiciado.

Falta de seguridad jurídica: la jurisprudencia es cambiante y contradictoria

Otro de los argumentos utilizados es la de la seguridad jurídica, en el sentido de que ésta exige estabilidad que no es proporcionada por la jurisprudencia, es mutable, dinámica, se presenta flexible, fecunda y llena de vida. Al ser una condición del derecho la de la seguridad jurídica, no podría ser la jurisprudencia fuente directa, toda vez que su producción queda entregada a la arbitrariedad del juez en la resolución del caso concreto. No puede haber derecho sin orden, sin fijeza: el ciudadano debe encontrar en el derecho la garantía de que el ordenamiento jurídico no solo reconoce los derechos, sino además el auxilio del juez ante la pretensión de cumplirlos y para ello ha de tener la confianza y hasta la certidumbre de que la decisión del juez confirmará su pretensión en términos coincidentes con el precepto positivo que la fundamenta. He aquí el problema del árbitro judicial que atenta contra la seguridad jurídica e impide que se pueda dar la categoría a la jurisprudencia de fuente directa del derecho.

Tanto las tesis positivas, que proponen considerar la jurisprudencia fuente formal o directa del derecho, como aquellas negativas que le quitan todo valor, presentan fundamentos para respaldar sus posturas. Pero para poder analizar el papel de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, objeto del presente trabajo, debemos terminar si a nuestro juicio se puede considerar la jurisprudencia como fuente directa del mismo.

Entendemos que en los ordenamientos jurídicos de corte occidental se le ha negado el carácter de fuente formal de derecho a la jurisprudencia. Compartimos esta postura, dadas las definiciones y conceptos que hemos analizado anteriormente, el de fuentes primarias, directas o formales, que dicen relación todas con el poder o potestad necesaria para la creación del derecho,

de un derecho que tenga el carácter de general y abstracto propios de la ley, la costumbre e incluso los principios jurídicos.

Sin perjuicio de ellos, para Alcalde Rodríguez, es necesario igualmente determinar el valor de la jurisprudencia, que es lo efectivamente relevante. Así, se encuadre o no a la jurisprudencia dentro de las fuentes formales del derecho, no podemos desconocer la labor de la judicatura y la necesaria consideración que hay que tener de la misma dentro del marco jurídico. Son algunos puntos, los que a nuestro juicio son los de mayor relevancia en su actuar, los que hemos de comentar.

El papel de la jurisprudencia

La Jurisprudencia es proferida por las Altas Cortes, conforme a la Carta Política de 1991 es un criterio auxiliar y fuente secundaria de derecho.

Sin perjuicio de que la jurisprudencia sea una fuente secundaria, indirecta o como bien señala Puig Peña una verdadera norma semioficial, la importancia de la labor jurisprudencial es innegable y nadie discutiría el papel fundamental que juega en la interpretación y armonización del ordenamiento jurídico, como veremos a continuación.

No nos ha de sorprender que Alcalde Rodríguez nos haya ilustrado la posible crisis del sistema judicial haciendo una comparación gráfica de nuestros tiempos y vulgarización sufrida en el postclásico por el derecho romano. Señala así, “pues mientras el efecto de la vulgarización romana se tradujo en crear un nuevo derecho legislado, la vulgarización del derecho que hoy contemplamos resulta la consecuencia directa del anacronismo imputado a los códigos” y citando

a Del Vecchio continúa, “ello determina a su vez, que hoy nuestro jueces, abogados y juristas tengan que retomar el papel, que jamás debieron dejar, de abordar y permitir la adaptación de las normas ya vigentes a una sociedad en constante cambio, pero, y lo que es más importante, han debido asumir una labor creadora de instituciones y norma jurídicas, labor que le era ajena y extraña (por no decir desconocida) y que es el principal efecto de esta vulgarización. Continuando en esta línea, la idea de una crisis de la jurisprudencia es un tema que hace tiempo se ha planteado, enfocado a distintas directrices, en relación a la función de interpretación en la aplicación que debe hacer el juez frente al marco legal, en cuanto a la labor de integración de la normativa, en cuanto razonamiento propio que debe conllevar la dictación de la sentencia en el caso concreto y más general aún, el valor que puede tener la jurisprudencia dentro del marco del derecho.

Así, los hemos de revisar el papel de la jurisprudencia dentro del marco del derecho, más allá de la consideración que la Constitución Política o las leyes hagan de la obligatoriedad de su labor. No merece duda alguna la importancia del actuar de las magistraturas en la actualidad, la que se acrecentará en el tiempo en el marco de posibles reformas en los procedimientos que van de la mano con un protagonismo de la figura del juez. Con ello parece necesario apuntar algunas consideraciones que nos parecen tener relevancia para dicha ponderación.

Primeramente, señalar que, a nuestro juicio, son los jueces los llamados a adaptar el derecho legal a las nuevas realidades sociales y económicas que han enfrentarse, especialmente estos tiempos de cambios radicales en materia de tecnología e informática, de globalización en general. En este sentido podemos hablar claramente de la labor de integración que realizan los

jueces y hablamos de integración en un doble sentido; de la adaptación de normas de antigua data a las circunstancias actuales e imprevistas a la fecha de su consagración; y de integración en el sentido de ordenar la trama del sistema jurídico dando espacio, canida y armonía a nuevas concepciones, derechos, normativas y jerarquizaciones, que han entrado en la escena jurídica requiriendo adecuación. En este sentido señala De Cossio y Corral (1988) que la función del juez es describir la fecundidad y vida de la norma, consiguiendo en cada momento su adaptación a los problemas planteados por la realidad, único medio de alcanzar en cada caso una solución justa, en que han de influir elementos morales, consideraciones económicas y finalidades morales. Los lentos procesos de los cambios legislativos han sido salvados por la actividad jurisprudencial que a través de resoluciones creativas, adecuadas a circunstancias actuales logra aplicar legislaciones concebidas en tiempos distantes y ajenos y las hace aplicables dando soluciones coherentes y razonadas al caso en particular.

Pero la labor, a nuestro juicio, no se limita en la adecuación normativa pasada, también ha operado frente a integraciones de otra naturaleza, especialmente aquellas que dicen relación con la interpretación de las normas o formas de manifestación posteriores a la codificación. Así, estuvo y está dentro de la esfera de conocimiento y elaboración judicial, la integración paulatina de los derechos de consagración constitucional, especialmente en cuanto a los derechos fundamentales, ya que la forma superior puede determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada, que quedaría incompleto sin la labor de concretización de la normativa llevada a cabo por los operadores a través de la concretización judicial por medio de un conjunto de elementos auxiliares que lo permiten como parte de la función interpretativa que le compete.

En segundo lugar, es necesario reconocer igualmente a los tribunales la labor de colmar las lagunas legales, problemas para cuya solución el juez tiene que hacer valer otros criterios, los cuales, ya que no pueden inferirse solo de la ley, sino del orden jurídico como un todo con sentido. Así, primeramente, debe le juez determinar con claridad, y luego de arduo estudio e investigación, cuándo ha de enfrentarse a una laguna legal. Larenz señala en este sentido: “la facultad de desarrollar el derecho compete indiscutiblemente a los tribunales, siempre que la ley – más precisamente: el conjunto de normas jurídicas conformadas en leyes, en el derecho consuetudinario, así como en la jurisprudencia constante de los tribunales, que sean apropiadas para la aplicación inmediata – contenga “lagunas”. Para el autor, cuando hay una “laguna legal” hay una determinada regulación incompleta en conjunto, “es decir: cuando ésta no contiene ninguna regla para una cierta cuestión que, según la intención reguladora subyacente, precisa una regulación”. Así, la intervención del juez destaca y se hace de primera necesidad en los casos de “lagunas”, tendrá un papel protagónico en la creación del derecho que ha de aplicar.

Siguiendo en la línea anterior, la jurisprudencia enriquecida y revalorizada por recurrencia en su actuar propio a los principios jurídicos y la equidad, no solo en lo que se refiere a la integración de llamadas lagunas legales, sino que especialmente en el papel de éstos, actúa de criterio directriz de cualquier interpretación de la ley. Así queda también en manos de la judicatura la complementación y armonización del ordenamiento jurídico, que logra a través de criterios ajenos – aunque contenidos – al ordenamiento normativo. El rol creador de la jurisprudencia juega un papel fundamental y debe ser así, no le está permitido al juez dejar de administrar justicia cuando ha sido solicitada, entendemos que hay en ello un mandato inexcusable.

Cuando se encuentra el juez ante el caso de una laguna legal, labor de la que ya hemos dado cuenta, sin duda deberá inspirar su pronunciamiento y ordenar su decisión racional en la ordenación jurídica que lo limite; si nada han dicho las leyes, recurrirá a los principios inspiradores del derecho, los principios jurídicos, claro está. Pero igualmente en los casos de que los asuntos se vean resueltos por la ley positiva, por la norma vinculante, enriquecerá su interpretación el recurrir a ellos, de igual manera que a la equidad, independiente del rol que juegue en la decisión del caso en particular, sea que se busque como medio para dar lugar al razonamiento dentro de la ley, refuerzo argumental de la decisión judicial o como medio para decidir ante la aplicación de una norma positiva en concreto, entre otras. Señala Perelman, en relación al actuar jurisprudencial en el caso práctico y el rol del Poder Judicial frente al Legislativo, el primero “constituye un aspecto complementario e indispensable de este, que le impone una tarea no solo jurídica, sino también política, como es la de armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en un medio dado”.

Finalmente la idea de una jurisprudencia integradora y armonizadora del ordenamiento jurídico lo será en la medida que dicha jurisprudencia esté movida por un doble objetivo, la búsqueda de que en su actuar se proyecte la finalidad misma del derecho, que es que la búsqueda sea a través de una correcta aplicación del derecho por medio de resoluciones coherentes, justificadas, empapadas de racionamiento, que den certeza y pretendan seguridad, de manera que sean respetadas, acatadas y emuladas, en definitiva que pretendan una continuidad de aplicación que determinen conclusiones futuras en casos venideros, que vinculen y logren unidad: la jurisprudencia no se llama a cualquier aplicación del derecho aislada, sino a la repetida y

constante, uniforme y coherente, por tal modo que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y de aplicar las normas jurídicas.

El fin de la administración de justicia

En el entendido que las pretensiones del actuar de los jueces deben dirigirse a lograr establecer la paz judicial en la sociedad en el cual han administrar justicia. La elaboración del derecho será con ocasión de la solución de conflictos a través de resoluciones bien motivadas, razonables y conforme a derecho. En la forma propia de actuar de la jurisprudencia, la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación de las leyes al caso concreto y los valores que en cada caso subyacen. Ésta se establece cuando el juez logra convencer a las partes, público, colegas y superiores, de que ha juzgado de una manera equitativa, siguiendo el camino por el que transcurre el juez al dictar la sentencia, que éste logra resolver el caso que se le ha presentado cuando un fallo cumple con el fin de la administración de justicia, de manera que efectivamente ha considerado las consecuencias que resultarán de su aplicación, el impacto social que tendrá la exigencia de su cumplimiento.

Es necesario estudiar algunos puntos en relación al razonamiento del juez. Como se ha expresado en este trabajo, la argumentación del juez es necesario analizarla desde la práctica de la función judicial, desde la realidad de la aplicación del derecho al caso concreto, dentro del marco jurídico vigente en un determinado tiempo y espacio, porque lo específico de la actividad judicial no es la mera deducción de una conclusión a partir de cierta premisa, sino el razonamiento que conduce a establecer tal premisa en el marco del derecho vigente.

Siguiendo a Manassero se pueden distinguir etapas o momentos en el iter del razonamiento judicial. La primera relativa a la apreciación de la prueba de los hechos y la segunda a la calificación de los hechos. Luego una etapa que tiene por objeto aplicar una regla de derecho a los hechos ya calificados, a lo que continuaría una evaluación de dicha adecuación, para terminar finalmente con la dictación de la sentencia debidamente motivada.

En lo relativo a la demostración de los hechos

Corresponde al magistrado la observación de la prueba de los hechos de litigio, porque está obligado a formarse una convicción en orden a su materialidad. El juez, dentro de los límites del ordenamiento jurídico en el que actúa y haciendo uso de las instituciones en él contenidas – sea a través de la utilización de presunciones que favorezcan la prueba, la consideración de hechos notorios o públicos, la ponderación de las pruebas de acuerdo a los términos legales permitidos – establecerá o tendrá por fin establecer con objetividad la verdad de los hechos para alcanzar una solución justa y equitativa, la protección del orden social determinado.

En lo relativo a la calificación de los hechos

Una vez apreciados los hechos, el juez deberá calificarlos para determinar las normas que le han de ser aplicables. La calificación de los hechos no consiste sino en la subsunción de los hechos en los términos del orden jurídico, en palabras de Perelman, subsumir los hechos dentro de los términos de la ley o de la convención, es decir, calificarlos. Para la realización de dicha operación, y dada la especificidad con que ha de estudiarse el caso particular una vez determinada la naturaleza de las normas a la que ha de someterse, habrá que considerar de manera exclusiva aquellos hechos que son recogidos por la ley y que quedarán – aun a nuestro

juicio cuando el legislador lo haya dotado dentro de gran precisión y tecnicismo – a cargo del juez para su interpretación.

Aplicación de la regla del derecho

Luego vendrá la aplicación de la regla de derecho, en el entendido de que constituye ésta el “producto” obtenido a partir de la interpretación de la ley hecha por el juez, o sea será el resultado, luego del análisis de las circunstancias, de las consideraciones que contendrá razonamientos jurídicos relativos a la aplicación de una ley, que deberá ser apreciada únicamente según el criterio de la legalidad, pero además juicios de valor, respecto de los que deberá existir una lógica de juicios de valor.

Evaluación

Continuando el camino del actuar judicial corresponde al magistrado entonces alcanzar una solución que respetando el ordenamiento jurídico sea justa, razonable y adecuada a los valores vigentes en la sociedad, considerado de manera lógica como expuso anteriormente.

La fundamentación de la sentencia

Finalmente, y de total necesidad actual, deberá conceder el juez la fundamentación de su decisión. Lo fundamental es la motivación de la sentencia en un sistema jurídico que navega – y muchas veces naufraga – en busca de la seguridad jurídica. El poder que ejerce el juez al resolver el caso práctico que se ha puesto en su conocimiento, implica que se le dé un uso razonable, lo que se traduce en la motivación de la resolución que ha tomado. Motivar es indicar las razones por las que se adopta el fallo, la invocación de razones efectivas dentro de un contexto o cuadro

determinado, que en el derecho estaría determinado por el marco legal. Esta invocación de razones se traduce en la argumentación de los fundamentos que el juez ha tenido para tomar una decisión en ese sentido y no en otro. El objetivo declarado de la argumentación es convencer al destinatario y convencer es lograr la aceptación o adhesión a lo que se está diciendo, lograr, en términos más rigurosos, la adhesión de todo ente de razón.

En definitiva, la sentencia que se dicte en el caso concreto debe ser una sentencia razonable. La razonabilidad de la sentencia se determina en virtud de una correcta apreciación y calificación de los hechos y la adecuación del derecho de ellos.

14. Tipos de precedente en Colombia

La doctrina del *stare decisis et no quieta moveré* ha sido definida como sigue: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión” (Kokourek y Koven, 1935: 985).

No obstante, se debe tener muy en cuenta que cuando se habla de precedente, es necesario vislumbrar que el mismo concepto gira en torno a las nociones de “sentencia” y “vinculatoriedad” (Iturralde, 2013). Siendo la primera, el pronunciamiento de una autoridad judicial competente, la cual se ha basado en postulados normativos y conforme a las disposiciones constitucionales, llegando a convertirse de esta manera en jurisprudencia que retroalimenta las fuentes del derecho.

De otro lado, la noción de “vinculatoriedad”, comprendida como la fuerza misma de dicha sentencia, la cual se ha convertido en precedente a través del cual se puedan apoyar las decisiones futuras frente a casos similares.

Además, según (Taruffo, 1996: 60-62) la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia:

- a) Vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio)
- b) Vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio)
- c) Vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio)
- d) Vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo)
- e) No vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente)

A través de la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional permite establecer que existen dos tipos de precedente, como son el precedente horizontal²⁰ y el precedente vertical²¹, los cuales tienen efectos vinculantes tales como:

²⁰ El precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario.

En el horizontal, en donde los jueces constitucionales actuando ya sea de forma individual, o como colegiado, estarían imposibilitados para separarse de la razón de la decisión “*ratio decidendi*” fijada con anterioridad en sus propias decisiones tomadas en derecho.

Y en el vertical, cuando los jueces están obligados a no separarse del precedente ya establecido por los magistrados de las altas cortes o sus superiores jerárquicos.

De la misma forma, ha destacado que el principio de igualdad²² es un elemento clave que forma parte del Estado Constitucional de derecho, sustentado en el artículo 13 superior, por lo cual está orientado a brindar siempre un trato igual, cuando se trata de situaciones fácticas iguales.

14.1 Precedente judicial en Colombia

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 230, el mandato constitucional a través del cual se indica que “los jueces, en sus providencias, solo están

21 El precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia.

22 Del cual se desprenden las diversas dimensiones de esta garantía constitucional, a saber: (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.

sometidos al imperio de la ley”²³, además señalando como fuentes auxiliares de la actividad judicial a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

En ese sentido, la honorable Corte Constitucional señala, que la jurisprudencia es un recurso útil para la interpretación, por lo que termina siendo entonces un recurso interpretativo a través del cual se pueden construir y fundamentar las diferentes decisiones, más no ser la razón de las mismas (Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015).

Adicionalmente, la Corte expresó que algunas de las decisiones adoptadas por los jueces de la República cuando administran justicia, tienen fuerza vinculante, lo que determina que el precedente judicial²⁴ termina ocupando un grado especial al referirse al sistema de fuentes. De esta manera, los jueces están obligados en principio a seguirlo, con el fin de administrar justicia en procura de lograr la materialización efectiva tanto de los derechos como de las libertades de las personas.

En ese orden de ideas, cuando los jueces deciden apartarse del precedente judicial, deben justificarlo de manera amplia y suficiente, teniendo de presente que la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, que para el caso del presente estudio es pertinente resaltar, ya le ha dado un reconocimiento a la acción de tutela, por cuanto la misma es precedente contra providencias judiciales por violarse el precedente judicial.

23 En la Sentencia C-284 de 2015, la corte expresa que los jueces al estar sometidos al imperio de la ley, administran justicia en el país y lo hacen bajo el criterio de plena autonomía e imparcialidad.

24 Sentencia SU-354 de 2017, en la misma la Corte indicó que el precedente judicial es “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Así las cosas, la acción de tutela es autónoma y procede entonces contra las providencias judiciales cuando las mismas violan la Constitución de manera directa, ya sea porque los jueces en sus decisiones deciden desconocer los mandatos y/o principios consagrados con la Carta Política, con lo cual se hace caso omiso a la supremacía constitucional.

De esta manera, la Corte Constitucional ha establecido entonces a través de su jurisprudencia, como lo es la Sentencia T-540 de 2017²⁵, que existen tres presupuestos a través de los cuales se puede configurar violación de la Constitución en una providencia, los cuales son:

(i) cuando se deja de aplicar una disposición constitucional;

(ii) cuando la interpretación que realiza el juez de la norma en el caso concreto es abiertamente inconstitucional.

(iii) cuando el operador judicial omite hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, siempre que así haya sido solicitado dentro del proceso.

15. El precedente constitucional y el estado constitucional

La jurisprudencia constitucional es considerada como fuente formal y material del derecho en el sistema jurídico colombiano, de ahí procede su fuerza vinculante en las decisiones de las autoridades judiciales y administrativas, por lo cual, es menester de la Corte Constitucional desarrollar a través de su jurisprudencia, un precedente bajo el cual, todos los

²⁵ En la Sentencia T-540 de 2017, la Corte Constitucional indica que los mandatos de la norma superior deben ser aplicados por toda autoridad judicial, incluyendo los jueces dentro de sus providencias, ya que de no hacerlo se estaría desconociendo el principio de supremacía Constitucional sobre las demás normas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

jueces constitucionales se puedan ver avocados por garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la salud, soportando sus decisiones conforme al derecho constitucional vigente, del cual jurisprudencia representa un papel realmente importante, por cuanto el máximo tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad, lo que permite tomar decisiones similares para casos cuyas circunstancias fácticas se asemejen.

De otro lado, cabe resaltar que el País ha venido evolucionando de un Estado Social de Derecho a un Estado social y Constitucional de derecho, donde no solo el ordenamiento jurídico está vinculado a la Constitución Política, donde el individuo es el centro de la sociedad, merecedor de derechos y deberes con los cuales pueda llevar una vida digna, la cual se soporta en la protección y materialización de los derechos fundamentales.

15.1. La materialización de los derechos constitucionales a través las garantías constitucionales

La sociedad contemporánea aparece como una realidad compleja, dinámica y de cambios acelerados dentro de una sociedad llena de variadas expectativas ciudadanas.

Los siguientes jurídicos también se hacen más complejos y presentan las siguientes características: a) el acelerado cambio; b) densidad, completud y ubicuidad (no quedan vacíos); c) la legitimación del Derecho Instrumental, pues es legítimo en cuanto sirve para satisfacer intereses individuales y colectivos; d) la revalorización de lo no instrumental del Derecho: los derechos constitucionales; e) la cultura jurídica se globaliza rápidamente; y, f) la individualización de los sistemas jurídicos (Friedman, 1993).

Surge, entonces, un nuevo paradigma sobre la base de los derechos constitucionales, la organización del poder alrededor de jueces que convierten los derechos abstractos en realidades concretas. De esta manera, en la actualidad, asistimos a la consagración paulatina de una democracia constitucional (Ferrojoli, 2001), donde las constituciones aparecen como categorías *supraordendoras* de la vida social de los pueblos, describiendo los derechos humanos (constitucionalización) y sometiendo a un control *garantista* toda la actividad estatal y no estatal, lo cual ha significado agregar a la tradicional dimensión política de la normativa constitucional una dimensión sustancial que presuponga la imposición de deberes a los Estados, positivos y negativos, a partir de las normas constitucionales (Ferrajoli, 2001). Este *garantismo*, es una doctrina que establece la diferencia entre deber ser y el ser, la separación de lo externo (lo político) de lo interno (lo jurídico): se consagra un conjunto de libertades y garantías sociales de realización, sobre la base de una democracia sustancial y no meramente formal. Frente a esto, la objeción democrática o contra mayoritaria de las normas constitucionales aparece en contraposición de la rigidez de las normas constitucionales, pero no contra el principio de supremacía constitucional. Lo cual significa que, para superar esta objeción, es necesario, además, “una Constitución más flexible, pero mejor garantizada” (Prieto, 2003).

“Nuestro argumento esencial para esa réplica es éste: la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante lo cual la justicia constitucional no sólo que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano”. (García de Enterría, 1994).

Interesa destacar este principio de rigidez constitucional, pues está relacionado con la interpretación constitucional. De esta manera, si la norma constitucional es rígida, debe ser también rígida su interpretación por lo cual este principio de rigidez adquiere a través del precedente una relación evidente con la normatividad de las normas constitucionales, pues los sistemas jurídicos encuentran unidad en la aplicación del precedente (Bernal, 2005). Lo cual no quiere decir que esta rigidez no puede variar motivadamente. Los jueces constitucionales deben ponderar entre la coherencia de aplicar pautas de casos anteriores y el pragmatismo de tomarlos únicamente de los casos actuales (Eguiguren, 2000).

No obstante, según este mismo principio de rigidez, la aplicación de un precedente podría entorpecer la labor de interpretación judicial. Este criterio se vuelve más sólido cuando estamos frente a sentencias de inconstitucionalidad, pues se advierte que en este tipo de procesos se decide sobre normas con efectos generales sobre la realidad cambiante. Sin embargo, el mismo criterio pierde fuerza cuando nos encontramos ante sentencias de garantía constitucional que tienen, fundamentalmente, como objetivo la materialización de las normas constitucionales, como es el caso de las acciones de garantías. En esos casos, es necesario establecer ciertos criterios uniformes para favorecer, principalmente, el derecho a la igualdad jurídica y la justicia material.

Pero no son suficientes los argumentos para que no pueda ser aplicable el precedente a las sentencias de inconstitucionalidad, puesto que su adopción en otras sentencias no impide que el mismo órgano de control se separe de su propio precedente de manera motivada. Esta posibilidad de disenso, vertical u horizontal, en los órganos de control de la constitucionalidad es hoy

bastante frecuente en los ordenamientos donde el precedente está más consolidado (Low, 2000). Incluso, desde una perspectiva más conservadora respecto de la aplicación del precedente constitucional, es posible el cambio de los criterios anteriores e influir en la modificación de las normas con efectos generales:

“Y cuando esos jueces no pueden liberarse del precedente dan su opinión, censuran la ley o recomiendan su reforma en la sentencia. Entonces no es raro que el legislador acepte tales recomendaciones y modifique la ley...” (Fernández, 2003).

En resumen, desde lo constitucional es necesario implementar el precedente constitucional como un reflejo del principio de rigidez en la actividad de los jueces. Su función constitucional sería la de permitir la materialización de la normatividad y la legitimidad de la justicia constitucionales. Para los fines de esta investigación se toma, principalmente, las acciones de garantía constitucional, no sin antes mencionar que lo dicho sobre la aplicación del precedente sería posible de manera similar para las otras acciones de control constitucional. Una razón de peso para que sea aplicable el precedente, prioritariamente, a las acciones de garantía sería su natural *garantismo* frente a los derechos constitucionales (Ávila Santamaría, 2007).

En el siguiente apartado se abordará la aplicación del precedente de acuerdo a las particularidades generales de las acciones de garantía constitucional, y establecer cómo, de esta manera, se fortalecerá al Estado Constitucional.

15.2. El amparo constitucional y el fortalecimiento del estado constitucional

Según Peces-Barba, las “Garantías son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas” (Ávila Santamaría, 2007).

Las acciones de garantía, particularmente el amparo constitucional que ya tenía antecedentes en la historia judicial ecuatoriana, fueron incorporadas constitucionalmente en la reforma de 1996, que buscó configurar los mecanismos de protección de los derechos constitucionales con el fin de realizar el Estado social de Derecho y alcanzar la integral aplicación de todos los derechos en una sociedad democrática que ha superado el simple gobierno de las leyes (Ávila Santamaría, 2007). Vamos a tomar para este análisis. La acción de amparo (con sus diferencias, hoy acción de protección), sobre el entendido que entre las acciones de garantía existen elementos comunes en su naturaleza –al punto, que en la Asamblea Constituyente se discutió sobre la posibilidad, que finalmente no pasó, de unificar todas las acciones de garantía una sola –, y porque, aparte del tradicional hábeas corpus, es la de mayor raigambre judicial y potencial de maximizar la materialidad de los derechos constitucionales.

Así, el salto cualitativo en la reforma del 96 fue doble, aunque su impacto social no fue del todo colosal. Pues, se prohibió esta acción para providencia judiciales y contra particulares, excepto, en casos de daños ambientales y defensa del consumidor (Trujillo, 2006); y, se la incluyó como una competencia marginal en el sistema de justicia constitucional (Ávila, 2005). No obstante, hasta el período de enero – diciembre del año 2000 se encontraban ingresados a

trámite en el TC 1.507 causas, de las cuales se resolvieron 1.380. De este abultado número, 1.226 fueron acción de amparo constitucional (hoy acción de protección).

Sin embargo, el TC por muchas razones jurídicas y políticas no logró una estabilidad institucional que le permitiría realizar un adecuado control de la constitucionalidad y asumir su rol de garante de los derechos constitucionales adecuados. Esto incidió en la no sistematización de su trabajo y, por tanto, en la incapacidad de racionalizar sus criterios jurisprudenciales. Este no entendimiento de la acción de amparo como uno de los mecanismos de garantía para la materialización efectiva de los derechos humanos (Camargo, 1995), se materializa en sentencias constitucionales con poco contenido material, excesivamente formalista e influenciadas por las formas tradicionales de interpretación del Derecho.

En consecuencia, la mayoría de los casos de amparo constitucional se ha referido a la protección de los ciudadanos al debido proceso o a la defensa del derecho de propiedad (Ávila, 2004). Además, la Constitución de 1997, aunque no establecía explícitamente diferencias entre los derechos, la posición dominante de las/os abogadas/os fue la de aplicar preferentemente los denominados en su tiempo “derechos de primera generación”, dejando fuera los demás. Esta posición dominante la podemos ver, por ejemplo:

“En materia de derecho humanos... [...]... gracias a disposiciones constitucionales expresas de la misma Constitución que establecen la obligación de aplicarla directamente tratándose de sentencias y derechos fundamentales, aunque en el caso de estos derechos, no exista pleno acuerdo para que todos los llamados derechos de segunda y tercera generación pueden ser invocados ante los jueces. De los derechos de primera generación,

más bien conocidos como libertades negativas, no hay duda alguna de la protección judicial de la que gozan” (Torres, 2003).

No obstante, se pueden citar importantes sentencias en las cuales se ha tratado otros derechos constitucionales, como ocurrió en una en la cual se interpuso una acción de amparo constitucional en contra del Ministerio de Educación y Cultura y otros, por la omisión de esta autoridad de no tomar en cuenta la recomendación de afectación de salud de la demandante por las condiciones adversas del ambiente de trabajo en el agravamiento de una rinitis alérgica.

Pocos estudios sobre la legitimidad social y el impacto social de las garantías constitucionales, particularmente de la acción de amparo constitucional, se han realizado en Ecuador, pero los que han sido desarrollados dan algunas pistas que pueden hacer sospechar que las garantías no logran calar aún muy hondo en la sociedad ecuatoriana y su impacto es mínimo, la cual hace percibir su aplicación como politizada y abusiva. Así, un estudio realizado pone en evidencia que la práctica jurídica del Tribunal Constitucional logró la exclusión e inexigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Pues resulta claro que la acción de amparo concretó su protección en temas puramente administrativos (36.26 %), y la protección a derechos sociales pasó a un segundo plano (22.2 %). Resulta sorprendente que apenas el 0.44 % del total de casos analizados se refiere a la protección del derecho a la seguridad social, y el 2 % del total de casos sobre derechos sociales; mientras, que sólo el 1.32 % corresponde al derecho a la educación del total de casos y sólo el 6 % con relación al total de derechos sociales (Grijalva y Valle, 2010). Más sorprendentemente resulta si lo comparamos con el aún insuficiente énfasis en

protección de derechos sociales por parte de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Grijalva y Valle, 2010).

A pesar de todo esto, igualmente se intuye que la acción de amparo ha contribuido al fortalecimiento de la justicia y el Estado constitucional, entendido éste como un régimen de garantía constitucional de los derechos constitucionales, pero que, no obstante, no ha sido suficiente para alcanzar legitimidad social e impacto jurídico profundo en la realidad ecuatoriana:

¿Hasta cuándo el abuso de las acciones de garantía constitucional? Hasta que se frenen los abusos a los derechos humanos de las personas. Si alguien puede abusar de una garantía, es el poder público por una mala interpretación y aplicación de la garantía. Si alguien tiene el derecho de “abusar” de las garantías son las víctimas de violaciones a los derechos humanos (Ávila Santamaría, 2007)

No obstante, se ha podido observar la ampliación del alcance de la acción de amparo por el TC vía interpretación del artículo 46 de la *Ley Orgánica del Control Constitucional*, respecto de los efectos de las sentencias de amparo constitucional, las cuales superan esa anacrónica tesis sobre su unívoco efecto suspensorio, extendiéndolo a otros efectos: aditivo, preventivo, reparatorio, sancionador; y, de cosa juzgada (Ávila, 2004).

Ahora, este problema no es ajeno de otros sistemas de protección. Para citar un ejemplo, en el caso estadounidense, durante la década de 1940, cuando era centro de atención de los

jueces el tema del debido proceso en los procesos penales y la tendencia de la Corte Suprema era la de limitar el acceso de apelación de casos, se dio un auge de mandamientos de hábeas corpus – que es el equivalente a lo que nosotros conocemos como amparo – (Ávila, 2004), lo cual trajo como consecuencia una amarga queja del juez *Frankfurter* en el caso *Brown vs. Allen* (1953):

“el mandamiento tiene posibilidades tanto negativas como positivas... que el abuso del mismo puede socavar la administración ordenada de la justicia, cuya responsabilidad depende sobre todo de los Estados, y en consecuencia debilitar las fuerzas que son esenciales para la civilización” (Corwin, 1978).

Otro ejemplo más cercano a nuestro entorno sobre ampliación de esta acción, es el caso de la acción de reparación española, la cual llena el vacío que existe en la vida cotidiana sobre la necesidad de reparar daños ocasionados, especialmente, por los particulares. Esta ampliación que puede sonar arbitraria, es en realidad un mecanismo de acercamiento e interiorización de las normas constitucionales en la vida diaria de los ciudadanos.

Un caso peculiar donde se puede medir este aserto es una sentencia de reparación por los resultados no satisfactorios de una mamoplastia en España, donde la discusión era que el tribunal de instancia no había considerado todos los elementos de afectación para valorar el daño ocurrido.

En concreto, en el centro de esta discusión respecto del amparo constitucional, aparece la función del precedente como uno de los posibles instrumentos al alcance del juez constitucional con el fin de establecer los límites de aplicación de las garantías constitucionales y la forma cómo serán materializados los derechos constitucionales protegidos por éstas, pues a través del

precedente el organismo de control de la constitucionalidad puede influir en una restricción o ampliación de las garantías.

El primer paso lo dio el TC ecuatoriano al aceptar, implícitamente, ser un legislador positivo en las sentencias de amparo. Esto buscó dar vida a los derechos constitucionales establecidos en la Constitución y limitar el poder a través del precedente: la democracia judicial sería el rostro humano ante los ciudadanos de la democracia constitucional (Torres, 2005). Luego, la Corte Constitucional para el periodo de transición ha evidenciado importantes, pero aún modestos avances, puesto que, de la acción extraordinaria, la cual representa el 33.24 % de su actividad jurisdiccional, apenas opera sobre los derechos del buen vivir en un 9.57 % y en los derechos de personas y grupos de atención prioritaria en un 0.87 %.

16. Reconocimiento del precedente constitucional en Colombia

Para hablar de reconocimiento del precedente constitucional en Colombia, es pertinente traer al presente trabajo de investigación, las palabras del doctor Luis Prieto Sanchís²⁶, quien expresa: *“El buen juez es aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”*²⁷.

Lo anterior teniendo en cuenta que en Colombia todos los jueces son jueces constitucionales en materia de tutela, por cuanto sus fallos en relación con la protección

²⁶ Catedrático jubilado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha, su trabajo de investigación se ha centrado principalmente en el ámbito de la teoría del Derecho y de los derechos fundamentales.

²⁷ Luis Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales 9 (1991), Madrid.

inmediata de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991, son objeto de revisión por parte del tribunal superior como lo es la Corte Constitucional, la cual se conformó en junio de 1992 y desde entonces viene cumpliendo una labor realmente importante, al velar conforme lo demanda el artículo 241 superior, por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

De la misma manera, es pertinente recordar que cuando se hace alusión a los derechos fundamentales, no solo se hace referencia a los consagrados taxativamente en la Carta Política de 1991, sino a aquellos reconocidos como derechos innominados²⁸ conforme a la cláusula expresa en el artículo 94 constitucional *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en Colombia opera un sistema constitucional cuyo control de constitucionalidad es mixto, por cuanto se destacan tanto el control difuso²⁹, a su vez

²⁸ “Cuyos ejemplos paradigmáticos en el ámbito general colombiano son los derechos al mínimo vital, a la dignidad (como derecho), el derecho a la seguridad personal y el derecho a la estabilidad laboral reforzada; otros ordenamientos, como el peruano, por ejemplo, consagran igualmente derechos que, sin estar a nivel positivo, caen en la categoría de «otros derechos», como pueden ser el derecho al agua, el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la verdad”. Tomado del artículo “Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano”, Martha Cecilia Paz, Gaceta Médica de México. 2012;148:406-10, Pag.407.

²⁹ Conocimiento por parte de todos los jueces constitucionales de las acciones de tutela interpuestas por cualquier persona que considere que se le están vulnerando sus derechos fundamentales, las cuales una vez falladas, son posteriormente objeto de revisión por el alto tribunal constitucional.

la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad³⁰, así como el control concentrado³¹ y excepcionalmente *“cumple la función de control de constitucionalidad abstracto sobre las leyes que expida el Congreso de la República cada vez que un ciudadano demande ante ella mediante acción de inconstitucionalidad³² la no conformidad de una norma con jerarquía legal con la Constitución”* (Lancheros-Gómez).

En este orden de ideas, se puede evidenciar que el precedente constitucional en Colombia se ha construido a través del tiempo y por medio de los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, en la cual han sido radicadas durante el periodo comprendido entre el año 1992 y marzo del año 2020, un total de 7'880.707 tutelas³³, de las cuales en relación con los derechos demandados en dicha sede durante el periodo de enero de 2019 a marzo de 2020, se registraron 240.821 tutelas instauradas por vulneración del derecho a la salud, siendo la segunda estadística más importante, después de las 288.827 tutelas radicadas por vulneración del derecho fundamental de petición.

³⁰ Los jueces deben proferir sus fallos conforme lo establecido en la Constitución, cuando normas legales o de otra jerarquía sean incompatibles con la misma, no dejando de existir dichas normas en el ordenamiento jurídico.

³¹ Proceso por el cual la Corte Constitucional unifica la jurisprudencia en materia de tutela, una vez interpreta lo establecido en carta superior, en contraste con las decisiones tomadas por los jueces constitucionales al tomar sus decisiones.

³² Las cuales según estadísticas de la propia Corte Constitucional, del periodo comprendido entre junio de 1991 – noviembre de 2020, han sido interpuestas un total de 14.061 acciones públicas de inconstitucionalidad. Tomado de la página web de la Corte Constitucional, <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php> Fecha de consulta: el 10 de febrero de 2021.

³³ Tomado de la página web de la Corte Constitucional, <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php> Fecha de consulta: el 10 de febrero de 2021.

De la misma manera, cabe resaltar que la Corte Constitucional ha proferido durante el periodo comprendido entre año 1992 a noviembre de 2020, un total de 6.783 sentencias de constitucionalidad, 19.319 sentencias de tutela y 413 sentencias de unificación, pudiéndose entonces destacar la sentencia T-292 del 2006, mediante la cual la Corte expresó que “ *la parte motiva de los fallos de constitucionalidad, que al ser definidos como cosa juzgada implícita, están incluidos necesariamente en el concepto de cosa juzgada constitucional del artículo 243 de la Carta y resultan entonces, obligatorios para las autoridades y particulares (...)*”.

Lo anterior, conlleva así mismo a concluir por parte de dicho tribunal, que la *ratio decidendi* en los fallos de tutela, resulta ser vinculante para todos los jueces, con el fin de que los mismos en sus providencias puedan garantizar y materializar el derecho a la igualdad³⁴ de todas las personas frente a la ley, de esta manera afianzando el debido respeto por el ordenamiento jurídico dentro del cual prevalecen los principios y garantías constitucionales.

Así las cosas, la misma corporación expresa y admite que la *ratio decidendi* tiene fuerza y valor de precedente para ser aplicado por todos los jueces en Colombia, por cuanto la misma es considerada fuente de derecho que integra la norma superior. En este sentido, es pertinente conocer entonces la eficacia vinculante en las diferentes partes de las sentencias de constitucionalidad, para que dichas sentencias se conviertan en precedentes, una vez se configura materialmente la “*cosa juzgada erga omnes*”³⁵.

³⁴ Principio de igualdad. Todas las personas son iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 13).

³⁵ Expresión extraída de la sentencia T-292 de 2006.

Eficacia vinculante de las diferentes partes de las sentencias de control de constitucionalidad				
		Concepto	Efectos en relación con los sujetos	Efectos jurídicos en relación con el contenido: fuerza vinculante
Parte resolutiva	Decisum	La resolución concreta del caso. Contiene la decisión sobre la compatibilidad o no de la norma con la Constitución.	Efectos erga omnes. Genera para todos los operadores jurídicos cosa juzgada – Formal: con carácter definitivo e inmutable al juzgar una disposición del ordenamiento.	La norma no puede ser reintroducida de nuevo o bajo otra apariencia al sistema jurídico en atención a los límites fijados por la Constitución. Sin embargo, puede darse un cambio de jurisprudencia que, al analizar el contenido de la norma bajo otra apariencia, permita su permanencia en el ordenamiento jurídico vigente.
	Ratio decidendi (ratio iuris)	El fundamento normativo de la parte resolutiva. Las razones que: 1. Guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva, sin los cuales: – la determinación final del fallo no sería comprensible o carecería de fundamento, – no sería posible saber la razón por la cual se decidió en un sentido, y no en otro diferente. 2. Las que la Corte misma indique.	Genera para todos los operadores jurídicos cosa juzgada – Material: frente al contenido normativo de dicha disposición. Las razones que tengan un nexo causal con la parte resolutiva son también obligatorias y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. Además, corrigen la jurisprudencia.	La ratio decidendi, además, define la correcta interpretación y adecuada aplicación de una norma en el contexto constitucional. Es de aplicación obligatoria en todos los casos similares: deber de coherencia.
Parte motiva	Obiter dicta	Las reflexiones contenidas en la sentencia que no son necesarias para la decisión. Aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como: – Las “consideraciones generales”, – las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver, o – los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver.	Ninguno	Ninguno

Nota. Recuperado de “El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa”. Lancho-Gómez, Juan Carlos, *Dikaion* ISSN: 0120-8942, vol. 21, núm. 1, junio, 2012, pp.175, Universidad de La Sabana Colombia.

De la misma manera debe señalarse que la interpretación de manera sistemática que ha realizado la Corte a la jurisprudencia constitucional, le ha permitido fundamentar la eficacia vinculante de los precedentes constitucionales, soportada en el principio de supremacía constitucional (Lancheros-Gámez).

Como se anunció anteriormente en el presente acápite, el derecho constitucional ha evolucionado a través del tiempo, gracias a la dinámica misma que la Corte Constitucional ha impartido en cada una de las decisiones de constitucionalidad en la jurisprudencia que hoy por hoy, enriquece el ordenamiento jurídico interno, al ir más allá de la concepción tradicional, bajo la cual se dejaba sin eficacia vinculante los precedentes establecidos en las diferentes sentencias, al prevalecer el principio de independencia judicial configurado en el artículo 228 superior, así como el principio del imperio de la ley del artículo 230 ídem.

En este orden de ideas, el trabajo desarrollado por esta alta corporación en materia de jurisprudencia constitucional, ha permitido entonces reconocer el poder vinculante que deriva de la interpretación directa de la constitución como norma superior, fundamento con el cual se soportan dichas sentencias, para con ello llegar a reconocerse la jurisprudencia del alto tribunal como una fuente cuyo carácter es vinculante y no solo una fuente auxiliar del derecho.

17. Las sentencias de tutela como precedente constitucional en Colombia

En las sentencias de tutela que son proferidas por los diferentes jueces en Colombia, se encuentra inmerso en sus partes resolutivas un efecto *inter partes*, el cual una vez se logra superar, puede dar lugar a la valoración misma de la parte motiva, lo que se traduce finalmente en el reconocimiento de la eficacia obligatoria de las *ratio decidendi* consagradas en las parte

motivas de dichos pronunciamientos, las cuales a su vez, pueden ser utilizadas por los jueces cuando se enfrenten a casos cuyas circunstancias fácticas sean similares y con base en ello tomar decisiones aplicando el precedente ya establecido por la Corte en esta materia (Lancheros-Gómez).

En consecuencia, se puede indicar entonces que es a partir del reconocimiento del valor vinculante de las *ratio decidendi* de las sentencias de tutela, enmarcadas bajo el derecho de igualdad frente a la aplicación de la ley, como la Corte reconoce que se deben resolver casos similares siguiendo una línea jurisprudencial ya establecida, lo que permite no solo dar seguridad jurídica en un Estado constitucional como lo es el colombiano, sino que además, exige a todos los jueces justificar mediante razones bien fundamentadas, cuando decidan apartarse del precedente.

Así las cosas, al ser la tutela entonces un mecanismo alternativo de acceso a los servicios de salud en Colombia, su revisión por parte del alto tribunal ha sido muy significativo, por cuanto las personas acuden cada vez más a dicho mecanismo, con el fin de que se les materialice el derecho fundamental a la salud, el cual no puede ser solamente una aspiración para la población, sino una realidad social, conforme la cual se pueda acceder no solo a la prestación de un servicio, sino también a los procedimientos, intervenciones necesarias o medicamentos para el tratamiento de las diferentes enfermedades.

Sin embargo, la efectividad de dichos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional en Colombia, ha pasado de ser una exigencia obligatoria para los operadores del sistema de salud (EPS, IPS etc.), a una mera aspiración por parte de los usuarios del mismo, por

cuanto el cumplimiento de los fallos de tutela que emiten los jueces constitucionales aun cuando se acogen y aplican el precedente constitucional, no es muchas veces cumplido a cabalidad por quienes deben hacerlo, lo que termina generando incidentes de desacato por parte de la población afectada, exigiendo el cumplimiento de dichos fallos, tema que se tratará más ampliamente en el desarrollo del presente trabajo.

18. Los jueces en sus providencias sujetos al imperio de la ley.

En Colombia como en muchos países del mundo, los jueces han desempeñado un papel muy importante en la historia por cuanto en el día a día a través de su labor, contribuyen a la recta impartición de justicia en diferentes ámbitos del derecho, tal y como se puede evidenciar en la jurisprudencia existente en materia laboral, penal, administrativo, de familia y constitucional entre otras. Sin embargo para el caso colombiano, su actuar se ha amparado bajo la cláusula constitucional establecida en el artículo 230 de la Constitución la cual expresa que: “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia³⁶, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Lo anterior, ha permitido que en Colombia prevalezca el derecho de los jueces, los cuales han actuado casi que exclusivamente bajo el imperio de la ley, no dando la verdadera importancia que tiene en si misma muchas veces la jurisprudencia, por cuanto la carta superior le ha dado una categoría de criterio auxiliar dentro de las fuentes del derecho.

36 Hace referencia a todo el conjunto de sentencias en diferentes ámbitos del derecho, los cuales sirven de base para que los jueces orienten la toma de sus decisiones, con relación a casos análogos en sus circunstancias fácticas.

Sin embargo, el papel desempeñado por la Corte Constitucional desde su creación y a partir de la constitución de 1991, ha transformado con el transcurrir de los años y hasta el tiempo presente, la convicción de los jueces sobre su actuar solamente arraigado a la fuerza imperativa de la ley, al cambiar su forma de tomar decisiones siendo orientados por la interpretación hermenéutica que el máximo tribunal constitucional ha desarrollado de los principios, derechos y garantías contenidos en la Constitución, al resaltar su criterio según el cual *“entre la interpretación que esta realiza de la carta y la carta política misma no puede interponerse ni una hoja de papel”*³⁷.

Así pues, la dogmática constitucional ha permitido que hoy por hoy los jueces cuyo papel primeramente es constitucional, han optado por someterse no solo al imperio de la ley, sino a los pronunciamientos que la Corte ha establecido en sus providencias, entendiendo que como operadores responsables del Derecho y la Justicia, sus decisiones se deben soportar en todas las fuentes del derecho ya que no solo se pueden limitar a la ley. Es así, como “no debe olvidarse que el sistema de fuentes del derecho, es decir, la determinación jurídica de cuál voluntad debe tenerse como jurídicamente obligatoria por sobre otras, es uno de los recursos políticos más importantes al interior de un Estado”³⁸. (Medina, 2006)

³⁷ Expresión que se puede encontrar en la sentencia de la Corte Constitucional C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.

³⁸ Texto extraído del libro “El Derecho de los Jueces”, segunda edición, Dr. Diego Eduardo López Medina, Pág. xxi.

En consecuencia, la actividad judicial se ha configurado en un actuar apegado a lo ordenado por la Constitución sobre la misma ley, más aún cuando esta le es contraria, lo que ha permitido que el Estado Social de Derecho cada día más sea una realidad.

19. Eficacia de los fallos de tutela en relación con los incidentes de desacato relacionados con la protección del derecho fundamental a la salud.

Si bien la sociedad colombiana ha entendido que la exigencia de sus derechos fundamentales ya consagrados en la carta política de 1991, son un obligación para el Estado Colombiano desde el mismo momento en que dicha norma fue promulgada y entró en vigencia, también lo es que muchos de estos derechos en especial el derecho fundamental a la salud, es uno de aquellos por los cuales más se acude ante la administración de justicia y por medio de la acción de tutela (Art.86), con el fin de que sea protegido y garantizado en relación con la prestación del servicio con todo lo que ello implica para poder tener una calidad de vida digna.

Es así como la ciudadanía ha optado por exigir a través de dicho mecanismo la materialización de sus derechos fundamentales, para lo cual al observar incumplimiento por parte de los operadores encargados del sistema de salud (E.P.S, IPS etc.), no tiene otra opción distinta, más que acudir ante los jueces constitucionales mediante incidentes de desacato³⁹ por incumplimiento a los fallos de tutela, los cuales si bien traen consigo inmersas unas posibles sanciones tales como multa de hasta 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes o arresto

³⁹ Consagrado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual expresa: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.

hasta por 6 meses, lo que realmente propicia es que se dé cumplimiento a los fallos de tutela con toda cabalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de ilustrar mejor la realidad del incumpliendo de los fallos de tutela, para el presente trabajo se optó por consultar al Consejo Superior de la Judicatura (CSJ⁴⁰), con el fin de conocer durante el periodo específico de los años 2017, 2018 y 2019, las cifras reales que se registraron solo en la ciudad de Bogotá D.C de dichos incidentes por parte de la ciudadanía, para lo cual indicaron que tal y como se evidencia en la siguiente tabla, la cantidad de incidentes de desacato recibidos en los diferentes despachos judiciales de la ciudad capital para dicho período, fue de 49.634 incidentes, tal y como se ilustra en la siguiente tabla.

Año	Ingresos Efectivos
2.017	17.868
2.018	16.500
2.019	15.266

Fuente: CSJ – UDAE – SIERJU

Es así como de la cifra anteriormente informada, indicaron que la cantidad de incidentes de los cuales se tuvo conocimiento con relación al incumpliendo de fallos de tutela por

⁴⁰ Organismo tiene la tarea de administrar los recursos de la Rama Judicial, por esto se dice que sus principales funciones son administrar y planear. Además está compuesto por dos salas, una disciplinaria y una administrativa. Información extraída de la página <https://www.ramajudicial.gov.co/web/portal-ninos-y-ninas/el-consejo-superior-de-la-judicatura>.

protección del derecho fundamental a la salud, para este mismo período fueron de 17.106 incidentes⁴¹.

Año	Ingresos Efectivos
2.017	5.977
2.018	5.607
2.019	5.522

Fuente: CSJ – UDAE – SIERJU

Siendo entonces evidente para el objeto del presente trabajo, que a pesar del esfuerzo realizado por los jueces de tutela, quienes se someten a los mandatos consagrados en la Constitución y la ley, además de lo preceptuado en la jurisprudencia de esta sede⁴², para proteger los derechos fundamentales y más puntualmente el derecho a la salud, en la ciudad de Bogotá se ha evidenciado que durante los años 2017, 2018 y 2019 ha persistido una cultura por el incumpliendo a los fallos de tutela, teniendo en cuenta que las posibles sanciones o no son suficientes, o no se hacen cumplir por los actores correspondientes.

20. Razonamientos para la aplicación del precedente jurisprudencial respecto de la actividad general de los jueces

Son dos los argumentos principales para la aplicación del precedente jurisdiccional a la actividad de los jueces. Por un lado, aparece el llamado argumento pragmático, el cual pone énfasis en los beneficios procesales que se obtienen de la aplicación del precedente (Sagües,

⁴¹ Los cortes de la información entregada se realizaron en las siguientes fechas: para el año 2017 fue el 30/01/2018; para el año 2018, la fecha de corte fue el 04/02/2019 y para el año 2019, la fecha de corte fue el 30/01/2020. Información aportada por parte del CSJ, mediante oficio con radicado UDAEO20-1794 de fecha 27 octubre de 2020.

⁴² Se hace referencia a las acciones de tutela como acción constitucional destacada para exigir la protección de los derechos fundamentales.

2006): “La uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros”; (Moral Soriano, 2002) y, por el otro, el argumento de justicia formal.

Respecto del pragmatismo, se identifica un elemento ejemplificativo, por el cual un argumento permite que a un enunciado normativo se le atribuya el significado que le ha sido atribuido por alguien, y por ese solo hecho (Moral Soriano, 2002). Este argumento denota el uso del precedente como una herramienta simple de interpretación, independiente de su carácter vinculante como fuente del Derecho, por la cual toma en cuenta una regla de derecho evidenciada en lo que se denomina “*ratio decidendi*”.

Este elemento ejemplificativo, lleva incluso a pensar en la posibilidad de que los criterios jurisprudenciales de un órgano de justicia constitucional pudieran aplicarse por otro órgano similar de otro país, en consagración de los que sería una especie de cosmopolitismo de la actividad jurisdiccional:

“Con la figura de los jueces constitucionales estamos hablando no de un Caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos, sino de un instrumento para entender nuestra propia constitución nacional, a través del cuadro de fondo que les da un preciso significado en un determinado momento histórico (disenso de los jueces Breyer y Steven en *Jay Printz c. Unites Status*, 1997)” (Zagrebelsky, 2006).

El mismo argumento pragmático, de acuerdo a *Perelman y Olbrechts – Tyteca*, que comporta un elemento de autoridad, según el cual, se utilizan actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como medio de prueba a favor de una tesis (Moral Soriano, 2002). Esta

relación depende del nivel jerárquico del cual proviene el argumento, cuya relevancia estará limitada por la relación vertical, horizontal o auto precedente, y por el principio de independencia judicial.

Sin embargo, este pragmatismo al mismo tiempo reclama cierta medida y la posibilidad de flexibilizar la aplicación del precedente a partir de una mirada de la realidad procesal y social del caso en concreto, tal como lo hace notar Lief Carter, citado por Sagües:

“Incluso no ha faltado algún autor, como el estadounidense Lief Carter que alentara esas mutaciones alegando que la Corte Suprema no es una Academia o una Universidad presta a dar un discurso intelectual con vocación de permanencia, y que lo correcto es que dé a los casos concretos que resuelve, respuestas pragmáticas, exitosas y con fundamento, más que en sus precedentes” (Sagües, 1998).

Luego, tenemos el argumento de justicia formal que hace referencia a la consagración del principio de igualdad: “es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante. La igualdad como principio moral básico incluye no sólo a los iguales en un momento contemporáneo, sino a los que nos precedieron y nos seguirán en el tiempo...” (Sagües, 1998).

“El principio de justicia formal, exige que seres o situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de forma idéntica” (Sagües, 1998). Para que la regla de justicia sea válida, el principio de justicia formal deber ser completado con el *principio de inercia*, gracias al cual es posible introducir cambios en el tratamiento de personas o casos semejantes siempre que éstos estén justificados (Moral Soriano, 2002). Esta regla de justicia contiene

elementos, lógico y moral, los cuales se justifican en una razón preliminar de universalidad contenida en todos los precedentes anteriores que sirven para argumentar los fallos futuros.

Otra razón, de consistencia o justificación interna, que no es otra cosa que el desarrollo del clásico silogismo jurídico, es el *principio de coherencia*, el cual está íntimamente relacionado con la regla de justicia aquí tratada, pues permite justificar el uso divergente, es decir, la corrección de las premisas del razonamiento jurisdiccional utilizado anteriormente, dándole coherencia en el tiempo.

21. Razonamientos para la aplicación del precedente jurisprudencial en la justicia constitucional

Interpretación político – funcional

El desarrollo histórico de los mecanismos de control de la constitucionalidad se ha presentado diverso en la Europa continental y en Norteamérica e Inglaterra, tomados como modelos emblemáticos. Esta diversidad refleja una diferente cultura política – jurídica que trajo como consecuencia, en un primer momento, una distinta configuración conceptual de las normas constitucionales (Ávila, 2005).

De esta manera, las Cortes Reales en la Francia revolucionaria de 1789 fueron de origen noble y se utilizaron como instrumento de persecución política al servicio del Rey, a través de una amplia discrecionalidad al momento de impartir justicia (Calamandrei, 1995, p. 313 – 319). El triunfo de la burguesía permitió limitar el poder absoluto. No obstante, los constituyentes

franceses desconfiaban de los jueces por los errores del pasado y fue el parlamento el lugar donde se discutiría en adelante las relaciones jurídicas a través de las leyes (Ávila, 2005).

Emergen entonces: la Ley como manifestación racional y suprema de la voluntad social omnímoda, perfectible y permanente; la función de legislar como expresión privilegiada del poder; y, el Parlamento como conductor natural de esta nueva dinámica estatal: "...el movimiento codificador, originado en la filosofía racionalista y en la concepción del derecho natural del siglo XVIII, creyó en la sabiduría del legislador para establecer códigos con sus leyes eternas y justas..." (Fernández, 2003). Posteriormente, con la internacionalización de este modelo con Napoleón I, se consolidan el parlamentarismo y el principio de legalidad (al menos, en las leyes) en casi toda Europa y luego se extiende su influencia, en mayor o menor medida, a las colonias europeas del Mundo entero.

Bajo esta situación, la interpretación jurídica terminó siendo subsumida dentro de la abstracción legislativa y sometida a criterios de oportunidad social, y de lucha política de los grupos de interés dentro del Parlamento: la interpretación auténtica. Así, la interpretación judicial se convirtió en una simple y vacía actividad intelectual, dentro de un margen ficticio de discrecionalidad exegética. De esta manera, a partir del acomodamiento de la forma jurídica a la realidad siempre cambiante, regentado por el positivismo jurídico, se crea un conjunto de figuras débiles para la interpretación jurídica alrededor de la denominada "interpretación legislativa o auténtica": interpretación judicial, doctrinal y usual (Pacheco, 1990). Consecuentemente, sólo la interpretación auténtica tiene efectos vinculantes.

No obstante, el carácter político y no judicial de las normas constitucionales, atadas a la dialéctica legislativa, hizo que éstas no fueran objeto de la interpretación legislativa, aún cuando formalmente constara así en la Constitución, sino que, salvo algunas excepciones, las normas constitucionales podían ser modificadas a través de decisiones legislativas (mayoritariamente, leyes ordinarias o interpretativas) de acuerdo al programa de gobierno expresado en los bloques de mayoría. Esta realidad hizo que no se pudiera hablar propiamente de “interpretación constitucional” en su sentido contemporáneo, sino que nos encontramos ante la interpretación legislativa que permitía ampliar o acomodar el sentido de las leyes.

Sin embargo, antes la constatación de la existencia de un conjunto de disposiciones de carácter axiológico (Ferrajoli, 2001), la Constitución sufrió su división clásica: dogmática y orgánica. Es justamente la parte orgánica la que estaba sujeta a cambios, mientras la parte dogmática se mantuvo inmutable, pues se concebían como valores superiores e inmutables, que no estaban sujetos a interpretación de ningún tipo (Aragón, 2005).

En resumen, en los países del *civil law* esta parte dogmática se ha entendido como un conjunto de valores abstractos sobre los cuales descansa el sistema político. Sin embargo, la tendencia actual es aplicarlos como principios vinculantes y concretos para la moderna interpretación constitucional (Meador, 1995). Esta tendencia tiene asidero, principalmente en el artículo 11.3 de la Constitución de Ecuador del año 2008:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante

cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

Interpretación jurídico – funcional

En los Estados Unidos de América ocurrió que los inmigrantes y colonos ingleses adoptaron el sistema jurídico del *common law* que había sufrido un proceso de elaboración profundo desde la judicatura a través de la teorización de Locke y Coke (García de Enterría, 1994). Aquello fue una extensión de la tradición inglesa respecto de la judicatura, de acuerdo a lo cual en Inglaterra la judicatura había sido históricamente una plataforma de lucha política de los burgueses y terratenientes en contra de los abusos de la Corona (Roche, 1965). Así, las cortes estaban descentralizadas completamente y regidas por la costumbre local (Ávila, 2005) y los jueces adoptaban reglas flexibles de procedimiento que llamaban *writs*. Estas normas de procedimiento desembocaron en *The Charta Magna Libertatum*, *The Bill of Rights*, y el *Habeas Corpus Amendment Act*, entre otros (Ávila, 2004).

Este mismo orden de cosas se mantuvo en la Norteamérica del siglo XVIII, con la diferencia que en los Estados Unidos de América nació como respuesta a una lucha

antimonárquica y anti absolutista, por lo cual se incorporan los Derechos Individuales en la Declaración de Virginia 1776, y se toma el modelo republicano de la Francia revolucionaria en la Constitución de 1787. No obstante, Franklin, Washington y Lincoln, entre otros, incorporan dos aspectos originales que influirán luego en la forma de interpretar la Constitución. Primero, el régimen político – administrativo federal, el cual influyó en el organigrama funcional de la judicatura, y en los niveles de aplicación del Derecho escrito: estadual y estatal. Esta conformación hizo necesario el uso de los precedentes jurisprudenciales con el fin de evitar la dispersión y las contradicciones. Incluso, en un principio se realizaron algunas codificaciones de estos precedentes, con el fin de darle al sistema mayor coherencia y certeza jurídica. En segundo lugar, el legislador norteamericano creó en la Constitución, sobre la base de su origen popular (García de Enterría, 1994), una más rígida separación de poderes que su símil francés, garantizando un nivel aceptable de independencia de los jueces. Éstos crean el Derecho a través de la cultura del precedente jurisprudencial.

Este modelo de separación de poderes se replicó también en el nivel estadual. Esto trajo como consecuencia la consagración de un perfil del juez norteamericano, dinámico, transformador y creador del Derecho, hecho que desembocó en el famoso *judicial review*, bajo las premisas de la normatividad y la supremacía constitucional que se inaugura con la sentencia “*Marbury vs. Madison*” de 1803 – más allá de los análisis desde el realismo jurídico y la política que se puedan hacer de esta sentencia –.

No obstante, el legislador norteamericano reservó para sí la facultad de interpretar la Constitución. Así, en este modelo de separación de poderes, fue claro que el gobierno (actividad

administrativa, política pública y de dirección política del Estado) era casi exclusivo del Ejecutivo, y que la judicatura no debía subordinación en su labor creadora del Derecho. Mientras que la Legislatura asume la interpretación de los derechos individuales, la realización de las necesidades sociales a través de las leyes ordinarias y las enmiendas constitucionales. Esta es una verdadera interpretación constitucional, no sólo porque la norma constitucional es objeto de aquella, sino también porque ésta adquiere vida y aplicación vinculante al conjunto de la sociedad como norma judicial y suprema. Esta última aseveración es una característica original del constitucionalismo norteamericano, pues el sujeto pasivo de la obligatoriedad constitucional no es únicamente el bloque de instituciones o funcionarios públicos, sino todos y cada uno de los ciudadanos (Sierra, 1995). Parecería ser que los fundadores de los Estados Unidos sustituyeron el sagrado culto al monarca y a la tradición, por una veneración y cotidiana a la Constitución.

Por otro lado, esta misma conformación permitió una constante revisión desde la judicatura de la normativa vinculante y suprema de la Constitución, con el fin de sustentar los casos concretos.

Este modelo fue implementado, en alguna medida, tardíamente en Europa, sobre la base de la normativa de la Constitución de Weimar, y más concretamente en la Constitución de Austria de 1920. La implementación del *judicial review* a lo europeo resultó un avance importante, pues, esto permitió que, formalmente, se convirtieran las normas constitucionales en una fuente formal de la actividad jurídica y se abriera el camino para un análisis jurídico –

político a partir de la normativa constitucional por fuera del Parlamento – precisamente, en donde el parlamentarismo es el modelo más fuerte –.

Por otra parte, la división de los constitucionalistas clásicos entre normas dogmáticas y orgánicas en la Constitución fue perdiendo utilidad al presentarse para el control de la constitucionalidad por el llamado “legislador negativo” (Kelsen, 1995), casos particulares que lo obligaban a aplicar normas abstractas (principios jurídicos) que se relacionaban fuertemente con los derechos constitucionales (parte dogmática), y con aquellas diseñadas para su aplicación por parte de los poderes del Estado (parte orgánica). Podría decirse que el principio de supremacía constitucional que surgió de esta coyuntura fortaleció el carácter fonticio de los principios jurídicos contenidos en las normas constitucionales.

Ambos modelos se implementaron, luego de la *Declaración de los Derechos Humanos del Hombre de 1948*, pues apareció la necesidad de incorporar estos derechos humanos (estatuto político internacional consensuado), en los ordenamientos jurídicos de los países del Mundo, proceso que se realizó lentamente hasta el final de la década de los 70.

La necesaria incorporación de este estatuto político (derechos humanos) a los ordenamientos jurídicos particulares con el nombre de “derechos fundamentales” o “garantías”, por un lado, permitió tener principios jurídicos bajo cierto margen de discrecionalidad, pero, lo más importante, perfeccionó el carácter fonticio de la Constitución; y, por tanto, se implementó, automáticamente, el principio de normatividad de la Constitución (Vigo, 2001).

Por último, esta nueva configuración de las funciones del Estado desencadenó un fenómeno de judicialización de las constituciones (Alexy, 2003), lo cual devino en muchos casos

en el auge del denominado control jurisdiccional difuso de la constitucionalidad (Ávila, 2005), fenómeno que ha provocado fuerte resistencia en los parlamentos (Gargarella, 2003).

En definitiva, esto permitió la funcionalidad del sistema político moderno en los países del *civil* y *el common law* para la interpretación de la Constitución, a través de varias instancias de interpretación: el Parlamento, la judicatura, y, el organismo de control de la constitucionalidad.

Interpretación jurisdiccional exclusiva.

No obstante, la paulatina instrumentación de los derechos humanos en las constituciones, la Guerra Fría influyó en la base conceptual de las democracias; y, por tanto, en la judicialización de los derechos constitucionales al interior de los Estados. En consecuencia, su implementación constitucional estuvo tremendamente ideologizada.

Sin embargo, se fue abriendo espacios para integrar estos derechos fuera de la discusión política, a través de diversos espacios desde los organismos intergubernamentales, sociedad civil y sectores progresistas en el Mundo entero, lo cual supuso la organización de declaraciones, conferencias, y un bloque de normativa internacional para garantizar su cumplimiento. Se crearon, también, mecanismos universales y regionales para la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Toda esta lucha por hallar valores y elaborar parámetros para instrumentar una moral crítica en los ordenamientos jurídicos, llevó a la adopción paralela de mecanismos constitucionales de defensa de derechos y de aseguramiento de la supremacía y normatividad

constitucionales al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales: el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional (García, 2003). La tendencia generalizada de este proceso de doble dinámica (normatividad internacional y nacional), se aceleró luego del fin de la Guerra Fría. Entonces, el debate sobre los fundamentos de la democracia se transformó radicalmente, y lentamente se están imponiendo las ideas de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos.

Esto significó el inicio de una nueva era para los derechos humanos que se fundó en que los derechos civiles, políticos, y las libertades civiles, junto con los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos del medio ambiente, del consumidor, de los grupos de atención preferente y otros nuevos derechos tienen el mismo valor como fundamento de la democracia en los Estados contemporáneos.

Incluso, los principios de progresividad de los derechos humanos y *pro homine* abrieron el inventario normativo de los derechos humanos hasta el infinito, pues aquello supone la idea de que es posible que nuevos derechos puedan incluirse a partir de la dignidad humana. En consecuencia, esto profundizó el proceso de judicialización de los derechos constitucionales a interior de los Estados mediante un diseño distinto de las Constituciones. Entonces, no es raro que la potestad de interpretación de las normas constitucionales experimente en la contemporaneidad un desplazamiento desde el ámbito exclusivo de la legislatura hacia la judicatura especializada en lo constitucional. Esto es lo que se ha denominado como el principio de supremacía de la interpretación constitucional:

“La Constitución asegura una unidad de ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva”. (García de Enterría, 1994).

De esta manera, los órganos de control de la constitucionalidad asumen un doble rol respecto de la interpretación constitucional: por un lado, como garantes de la supremacía de la constitucionalidad; y, por otro, como defensores de los derechos constitucionales. En este doble rol, la interpretación ocupa un eje transversal y unificador que baja el ejercicio de la democracia desde los altares de la institucionalidad a la realidad social (Pérez, 1999). De esta manera, existe modelos que permitan que sea el organismo de control de la constitucionalidad quien sea el detentador exclusivo de la interpretación constitucional como ocurre en Venezuela (Závala, 1999), o que permita una interpretación funcional como la tratada anteriormente, pero con una legitimidad socio – política en ascenso del organismo de control, como ocurre en España, Perú y Colombia.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 pasó de un sistema de interpretación funcional que operaba con mayor claridad desde la Constitución de 1998, a uno de interpretación

jurisdiccional exclusiva, pues se eliminó la facultad de interpretación política del texto constitucional el máximo intérprete constitucional:

“Art. 436. – La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

Ahora, esto no significa que sólo la Corte Constitucional puede realizar interpretación constitucional, sino que es la instancia de cierre de interpretación, y por tanto, fuente privilegiada de desarrollo de los derechos vinculante de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

22. Deber de aplicar el precedente judicial en Colombia

El precedente judicial instituye las reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos y afecta los casos cuyos hechos se incluyen en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La corte señala que estas fórmulas no contravienen el artículo 230 de la constitución, en cambio refuerzan el sistema jurídico nacional y son compatibles con la jerarquización de las fuentes que funda la norma constitucional. La jurisprudencia no crea normas, sino que establece las formulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normativa a los casos concretos. (Sentencia C-621 de 2015)

“PRECEDENTE JUDICIAL - No está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a las Altas Cortes”.

La fuerza vinculante del precedente judicial deviene de la ratio decidendi, es decir, de la razón general que constituye la base necesaria de la decisión judicial. La evolución de la jurisprudencia vinculante (obligatoria) como norma jurídica en Colombia ha encontrado en la Corte Constitucional un factor determinante. Son, precisamente, las decisiones del máximo organismo de control de constitucionalidad, bajo el marco de la Constitución de 1991, las que, referidas mayoritariamente a controversias jurídicas sobre la transgresión de derechos fundamentales, examinadas por vía de la acción de tutela, incluyeron el nuevo alcance de la jurisprudencia en el Derecho colombiano.

Por lo expuesto anteriormente, debemos analizar el precedente vertical y horizontal, en primer lugar, el mecanismo por excelencia que tiene la Corte para garantizar el precedente vertical es la revisión de tutelas de jueces de inferior jerarquía. A pesar de que esta es una de las principales funciones de la Corte, no había conciencia por parte de los jueces de los efectos que cumple la revisión en la vigencia del precedente. Es decir, no resultaba congruente la selección de sentencias de tutela de jueces inferiores con el fin de corregir o ratificar ciertas interpretaciones si, a continuación, se les permitía disponer libremente aplicar o no el sentido de la decisión adoptada para otros casos similares bajo el argumento de que la jurisprudencia constitucional era un criterio auxiliar que podía acogerse o no.

Se puede evidenciar que la Corte Constitucional progresivamente ha venido exigiendo el acatamiento de sus precedentes como fuente formal de Derecho que deben ser tenidos como obligatorios. Cuando existan razones fundadas para no seguir un precedente que a priori resulta aplicable, el juez debe justificar de manera amplia y suficiente las razones que lo llevan a

apartarse de él. En sentido estricto, la distinción no supone un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, sino una diferenciación que puede llevar al inicio de una nueva línea jurisprudencial que puede ser o no confirmada por la Corte siempre que las razones hayan sido convincentes para ella. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permiten la diferenciación deben ser relevantes.

23. Consecuencias de la vinculación jurídica del precedente constitucional

Si bien el precedente constitucional ha sido ya reconocido por parte de la Corte Constitucional en relación con la *ratio decidendi* en las sentencias de control de constitucionalidad, no es este el mismo caso en las sentencias de tutela donde solo tiene carácter vinculante y sus efectos son interpartes y no erga omnes, lo anterior sustentado en el artículo 48 de la ley 270 de 1996⁴³ en la que se estableció que *“las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para los jueces”*. Además teniendo en cuenta que la interpretación de dicho artículo fue condicionada por la misma Corte mediante sentencia T-123 de 1995, la cual es ahora un criterio recurrente de la corporación para hacer valer sus fallos *inter partes*, como valor que ha de unificar y orientar la interpretación de la Constitución (García, 2005).

De la misma forma en la sentencia T-566 de 1998 de la cual fue magistrado ponente el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, indicó sobre el tema que el alto tribunal en la jurisprudencia

⁴³ Ley estatutaria de la Administración de justicia, ver artículo 48 y las sentencias C-386 de 1996 y C-037 de 1996 con ponencia del doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

relacionada con las sentencias de tutela, solo actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, que por lo tanto si los jueces determinan apartarse de dicha doctrina al tomar sus decisiones, lo deben justificar ampliamente para evitar con ello la posible vulneración de los derechos a la igualdad y acceso a la justicia.

No obstante, en la sentencia T-292 de 2006 la Corte Constitucional expresa que la *ratio decidendi* en los fallos de revisión de las sentencias de tutela, sí tiene una fuerza vinculante para las autoridades, con ello dejando claro que no es obligatoria como sí ocurre en la jurisprudencia del control de constitucionalidad, por lo que los jueces a pesar de no ser obligatoria, si deciden desconocer una *ratio*, tendrán que argumentar las razones para evitar incurrir en vía de hecho y con ello que sus sentencias puedan ser anuladas vía tutela (Hassam, 2011) .

En este orden de ideas, es preciso indicar que la vinculación jurídica del precedente constitucional en las decisiones de los jueces, trae consigo tanto aspectos positivos, como negativos, tales como:

Positivos: Orienta a los jueces a tomar sus decisiones dando importancia al verdadero alcance que ha otorgado la jurisprudencia de la cual se nutre todo el sistema jurídico en un Estado Social de Derecho como lo es el Colombiano.

Durante la interpretación hermenéutica que realizan los jueces en sus providencias, pueden aportar nuevos conceptos que se adecuen a la línea jurisprudencial ya establecida por la Corte al realizar la unificación de interpretación de los derechos fundamentales.

Negativos: Que de llegar a ser obligatoria la aplicación de los precedentes jurisprudenciales en materia de tutela, puede conllevar a los jueces a tomar decisiones soportadas en el pasado y que por los cambios históricos, ya no se ajusten a la realidad actual, con lo cual se hace necesario corregir dicha línea jurisprudencial.

En consecuencia de lo anteriormente desarrollado, se puede concluir que los jueces operadores del sistema de administración de justicia, deben prestar mayor atención a la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional en los fallos de revisión y de unificación con relación al alcance de los derechos fundamentales y con base en ello, dar la importancia que tiene el verdadero alcance del precedente constitucional al tutelar los derechos de aquellos asociados que esperan justicia soportada en la igualdad de los casos similares que alimentan la jurisprudencia en esta materia.

24. Cultura del precedente constitucional y realidad actual en Colombia

Como se pudo evidenciar durante el desarrollo del presente trabajo, la cultura constitucional hace referencia a la Constitución como cultura, es decir, el compendio de prácticas políticas, jurídicas y sociales en que se “concretan” los requerimientos de la Constitución en la sociedad a la que van dirigidos, para lo cual concuerdan varios autores que una constitución sin cultura constitucional no es más que “letra muerta”, un documento anacrónico que nada tiene que ver con el régimen político efectivamente existente, o, en el peor de los casos, una “constitución camuflaje” que pretende ocultar el funcionamiento real de un régimen autoritario.

Aunque todo régimen político descansa en alguna clase de constitución, la diferencia entre un régimen democrático y un régimen autoritario radica en que este último puede ser

perfectamente efectivo sin una cultura constitucional. Un régimen autoritario se caracteriza por “una tremenda distancia entre la constitución formal y la constitución real” (Lane, 1996: 119, énfasis añadido). Una Constitución democrática, en cambio, no puede existir sin que sus preceptos estén “vivos” en la forma de actuación de los poderes públicos y en las ideas, experiencias y valores de la comunidad política.

De la misma manera, debe señalarse que en la actualidad por la cual transita el sistema constitucional en Colombia, los precedentes constitucionales se han consolidado más allá de ser fuente auxiliar del derecho por formar parte de la jurisprudencia, en una cultura constitucional bajo la cual hoy por hoy los jueces orientan la toma de sus decisiones, procurando no solo hacer cumplir la ley en favor de los menos favorecidos, sino bajo el principio de igualdad para todos y respeto por la supremacía de la Constitución como fuente primaria del derecho, aspecto que ha sido reconocido desde tiempos remotos, como en el caso de *Marbury versus Madison* en la supremacía de la Constitución de Estados Unidos.

Finalmente es importante ilustrar que, a partir de la continua generación de la cultura constitucional colombiana, esta viene vislumbrando la eficacia directa de la constitución, no obstante, el juez puede desconocer los límites de su interpretación. Se puede analizar desde la óptica del artículo 241 de la carta política nacional en la cual a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Así como en la sentencia C-335 de 2008 en la cual la Corte expone lo siguiente:

“(…) La Corte Constitucional ha considerado asimismo que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante, y en consecuencia, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino

también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas. De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado, de manera constante, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal). (...)”

Lo que permite deducir que el precedente constitucional es de carácter vinculante y de obligatoria aplicabilidad para el juez en sus providencias en casos similares como el tema en estudio, especialmente el derecho a la salud.

De igual manera se analizó la diferencia de la obligatoriedad entre *RATIO DECIDENDI* y *OBITER DICTA*, de conformidad con la Sentencia C-621/15

*“Respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, la Sentencia C-539 de 2011 reitera que esta se fundamenta en (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”.*

Así las cosas y bajo los criterios de identificación de la *ratio decidendi*, la Corte Constitucional ha aplicado tres (03) criterios de reconocimiento, dentro de los cuales se encuentran los de identificación, confirmación y práctica jurisprudencial:

Identificación:

- La norma objeto de decisión de la Corte.
- El referente constitucional que sirvió de base a la decisión.

- El criterio determinante de la decisión.

Confirmación: comprende la verificación de los apartes que se estiman como *ratio decidendi* para comprobar si ellos:

- Constituyen en sí mismos una regla con un grado de especificidad suficientemente claro que permita resolver efectiva e inmediatamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución.
- Son asimilables al contenido de una regla que se manifiesta en una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución.
- Responden al problema jurídico que se plantea en el caso, y fijan el sentido de la norma constitucional en la cual se fundamentaron para resolverlo.

Práctica Jurisprudencial: Plantea la revisión de las sentencias posteriores al fallo que se analiza con el fin de verificar la manera en que ha interpretado los alcances de la sentencia estudiada. La verificación de sentencias posteriores permite observar la manera en que ha sido identificada y valorada la *ratio* de la sentencia estudiada. Este ejercicio, advierte la Corte, pone de manifiesto que el verdadero alcance de la *ratio decidendi* es un asunto que se va precisando por los mismos jueces que profirieron el fallo o por jueces posteriores. La atención a esta evolución puede ofrecer reglas más sólidas, depuradas y mejor fundamentadas.

De conformidad con el artículo 243 de la constitución política, este alude a los fallos que la *Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha diferenciado entre la salud como derecho y la salud como un servicio público de amplia disposición legal. Es decir, que la Constitución difiere

a la ley la regulación del acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo.

La Corte Constitucional expresó: “En la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas” (Sentencia C-177 de 1998).

No siempre es procedente la acción de tutela en lo relacionado al derecho a la salud a pesar de que sea un derecho fundamental. Ya que depende de tres requisitos esenciales para la procedencia de la acción constitucional como son:

“(1) Que la persona involucrada posea un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le haya adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa.

(2) Que tal derecho, en el caso concreto, encuentre una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales.

(3) Que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulte idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado”.

Así mismo, la jurisprudencia ha precisado que la amenaza de un derecho fundamental no debe ser hipotética. Esta amenaza implica:

(I) la inminencia o proximidad del riesgo o una actualidad del mismo, (II) una gravedad del riesgo, (III) un grado de certeza, y (IV) una posición subjetiva de impotencia del actor. (sentencias T-453 de 1998, T-096 de 1994 y T-677 de 1997).

Es importante conocer los tres (03) controles por vía de acción que realiza la Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991, las cuales se integran así:

La acción pública de inconstitucionalidad, La acción pública de nulidad y la acción de tutela; Para el caso en estudio la acción de tutela de conformidad con el artículo 86 de la carta política, la Corte considera que la actividad judicial en materia de tutela es de la órbita de la jurisdicción constitucional.

Se puede concluir, que el precedente constitucional es una fuente formal del derecho en la actualidad, que es vinculante y obligatoria por la supremacía constitucional y que permite mostrar una seguridad jurídica. No obstante, los jueces han venido desconociendo la importancia de esta fuente y lo siguen aplicando meramente como un criterio auxiliar, olvidando el reconocimiento que ha realizado la Corte Constitucional al respecto.

Conclusiones

➤ La acción de tutela es un instrumento valioso mediante el cual toda persona puede solicitar ante cualquier juez, la protección inmediata de un derecho fundamental cuando este sea vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad y excepcionalmente por un particular. La acción de tutela fue consagrada como una acción expedita de defensa de los derechos constitucionales fundamentales del artículo 86 de la Constitución de 1991, con base en los claros preceptos del llamado Bloque de Constitucionalidad.

➤ El derecho a la salud se constitucionalizó, entre otros, en los artículos 44, 48 y 49 de la Constitución Política de 1991 como un derecho inherente a la persona, el cual fue desarrollado vía jurisprudencial para ser reconocido como fundamental y autónomo.

➤ La Corte Constitucional ha evolucionado en su vasta jurisprudencia desde considerar el derecho a la salud como un derecho meramente prestacional hasta razonarlo como un derecho fundamental autónomo. Por lo que esta Corte ha determinado claras reglas y subreglas de protección del Derecho Fundamental a la Salud en su dimensión prestacional como un servicio esencial a través de múltiples revisiones de fallos de tutela.

➤ Es indudable que esta acción constitucional ha sido, no solo una herramienta prevalente de la defensa del derecho a la salud, sino que lo ha posicionado como un derecho integral e integrador, autónomo y seriamente fundamental.

➤ La jurisdicción constitucional, en especial la Corte Constitucional a través de los fallos de revisión de acciones de tutela, ha expuesto paulatinamente el carácter fundamental del derecho a

la salud. Posición jurisprudencial que ha sido trascendental en el reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental per se, autónomo o directo.

➤ A pesar de la insustituible importancia del derecho fundamental a la salud a la garantía constitucional y legal del goce efectivo de los servicios de salud derivados de la extensión prestacional de tal derecho, son incalculables las violaciones del mismo en detrimento del bienestar de las personas afectadas. Es por ello, que se han interpuesto innumerables acciones constitucionales en pro de salvaguardar dicho derecho fundamental en Colombia a fin de obtener de las EPS, IPS y del propio Estado la garantía real y material derivada de las obligaciones de protección, cumplimiento y respeto del derecho fundamental a la salud y de su dimensión prestacional.

➤ El precedente ha sido descrito por la Corte Constitucional como aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez. De igual forma la corte no niega la obligatoriedad de sus precedentes.

➤ Lo que se puede identificar una vez analizados los temas anteriormente planteados, con las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional relacionadas con el hoy derecho a la salud, que en un principio era un servicio público meramente prestacional y se fue convirtiendo gracias a esta Corte en un derecho fundamental integral para salvaguardar la vida y por supuesto la dignidad humana.

Referencias

1. Alcalde Rodríguez, E. (2003). *Los principios generales del Derecho*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones de la Universidad Católica de Chile. p. 278.
2. Alexy, R. (2003). *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. España: Editorial Trotta.
3. Aragón, M. (2005). *El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico en Interpretación Constitucional*. Tomo I, Universidad Autónoma de México UNAM, México: Editorial Porrúa.
4. Arbeláez, M. (2006). *La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. DS: Derecho y salud, 14(2), 205-240.
5. Ávila Linzán, L. (2004). Acción de Hábeas Corpus: estudio preliminar en Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional, Tomo II Acción de Amparo Constitucional. *Corporación de Estudios y Publicaciones*. Quito, Ecuador.
6. Ávila Linzán, L. (2005). Efectos de la Declaratoria de inconstitucionalidad. *Corporación de Estudios y Publicaciones*. Quito, Ecuador.
7. Ávila Linzán, L. (2005). Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador. *Corporación de Estudios y Publicaciones*. Quito, Ecuador.

8. Ávila Santamaría, R. (2007). Garantías Constitucionales en tiempos de Constitucionalismo en Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar sede de Quito. *Revista Aportes Andinos. Vol. 1* (19).
9. Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
10. Camargo, P. (1995). *Manual de los Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
11. Castán Tobeñas, J. (1954): *La Formulación judicial del Derecho*. Madrid, España: Editorial Reus S.A. p. 167.
12. Colín, A. y Capitant, H. (1952). *Curso elemental de Derecho Civil, Tomo I. 3ª Edición*. Madrid, España: Editorial Reus.
13. Corwin, E. (1978). *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Argentina: Editorial Fraternal.
14. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (01 octubre de 1992). Sentencia C-543 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo].
15. Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión. (17 julio de 1996). Sentencia T-312 [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
16. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (20 octubre de 1999). Sentencia SU-819 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

17. Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión. (02 mayo de 2000). Sentencia T-476 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
18. Corte Constitucional Colombiana. Sala Séptima de Revisión. (25 de septiembre de 2003). Sentencia T-859 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett]
19. Corte Constitucional Colombiana. Sala Tercera de Revisión. (06 de abril de 2006). Sentencia T-292 [M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]
20. Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión. (15 marzo de 2007). Sentencia T-188 [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
21. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (14 de mayo de 2008). Sentencia C-463 [M.P. Jaime Araújo Rentería].
22. Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). Sentencia T-760 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
23. Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión. (13 de agosto de 2008). Sentencia T-780 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
24. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (16 de abril de 2010). Sentencia C-252 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].
25. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (11 de octubre de 2012). Sentencia T-790 [M.P. Alexei Julio Estrada].

26. Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. (13 de mayo de 2015). Sentencia C-284 [M.P. Mauricio González Cuervo]
27. Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. (30 de septiembre de 2015). Sentencia C-621 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
28. Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. (25 de mayo de 2017). Sentencia SU-354 [M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo]
29. De Buen, D. (1932). *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial de Derecho Privado. p. 358.
30. De Colombia, C. P. (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Legis.
31. De Cossio y Corral, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil, Tomo I*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.
32. Defensoría del Pueblo. (2018). Recuperado el 25 de Enero de 2021, de <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Tutela-los-derechos-de-la-salud-2018.pdf>
33. Defensoria del Pueblo. (2020). Recuperado el 22 de Septiembre de 2020, de <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Estudio-La-Tutela-Derechos-Salud-Seguridad-Social-2019.pdf>
34. Esguerra, J. C. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

35. Fernández, A. (2003). *Función Creadora del Juez*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo – Perrot.
36. Ferrer, E. (2008). *Acción de tutela y derecho procesal constitucional*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley, 2010.
37. Ferrojali, L. (2001). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
38. Ferrojali, L. (2001). *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa UNAM, México.
39. Ferrojali, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Trotta.
40. Ferrojali, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta.
41. Friedman, L. (1993). En la encrucijada: la Sociología Jurídica en los años noventa, en crítica jurídica. México. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Vol. 12*.
42. García de Enterría, E. (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.
43. Grijalva, A. y Valle, A. (2010). *Uso y funcionamiento de la justicia constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
44. Hassan, V. M. (2011). *El precedente constitucional: análisis de la Sentencia T-292 de 2006*. *Revista de Derecho*, (35), 118-144.

45. Henao, J. F. S. (2012). *Evolución y origen del concepto de “estado social” incorporado en la constitución política colombiana de 1991*. Ratio Juris UNAULA, 7(14), 141-158.
46. Iturralde, V. (2014). *Precedente judicial*. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 194-201.
47. Jiménez Barbosa, W. G. (2009). *El derecho a la salud una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana*. Revista EAN, (67), 107-120.
48. Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
49. Kelsen, H. (1988). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate.
50. Kokourek, A. y Koven, H. (1935), “*The Common Law: Judge Imparciality and Judge Made law*”, The Law Quarterly Review, Vol. 29, Núm. 8, pp. 971-999.
51. Lancheros, J. C., (2012). *El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa, síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T – 292 de 2006 de la Corte Constitucional*. Universidad de la Sabana. Vol.1 (21), p. 159 – 186.
52. Larenz, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid, España: Editorial. p. 535.

53. Ley 1122 de 2007. *Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. 09 de enero de 2007. Diario Oficial N° 46.506.
54. López Calera, N. (2000). *Teoría del Derecho*. Granada, Editorial Comares. p. 276.
55. Manassero, M. (2001). *De la argumentación al derecho razonable*. Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra S.A. p. 426.
56. Meador, D. (1995). *Los Tribunales de los Estados Unidos*. México: Pereznieto Editores, Derecho Comparado.
57. Medina, D. E. L. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis.
58. Moral Soriano, L. (2002). *El Precedente Judicial*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
59. Moreno Díaz, V. S., Góngora, Á. I., Durán Vinazco, R., Molina Vargas, L. S., Arias Duque, J. C., Tirado Acero, M., ... & Guecha Medina, C. N. *Justicia Constitucional Tomo II*.
60. Ortiz, F. E. P. (2011). *Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista*. Prolegómenos. Derechos y valores, 14(27), 165-180.

61. Parra, O. (2003). *El derecho a la salud. En la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.
62. Paz, M. C. (2012). *Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano*. Gaceta Médica de México, 148(4), 406-410.
63. Perelman, C. y Olbrechts – Tyteca, L. (2000). *Tratado de la argumentación*. Madrid España: Editorial Gredos.
64. Pérez Luño, A. (1999). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
65. Presidente de la República. (19 de noviembre de 1991). *Decreto 2591 de 1991. Por el Cual Se Reglamenta La Acción De Tutela Consagrada En El Artículo 86 De La Constitución Política*. Colombia.
66. Prieto, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista de Centro de Estudios Constitucionales*. Vol.9, Madrid.
67. Puig Brutau, J. (1950). *La jurisprudencia como fuente de derecho*. Barcelona, España: Casa Editorial Boch. p. 249.
68. Puig Peña, F. (1957). *Tratado de Derecho Civil Español. Revista de Derecho Privado*. Vol. 1.
69. Quinche Ramírez, M. (2017). *La acción de tutela*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

70. Roche, J. (1965). *Tribunales y derechos: el Poder Judicial Norteamericano en Acción*, México D.F., Editorial Letras S.A., 1965.
71. Sagües, N. (1998). *La Corte Suprema y el Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Argentina*, lus et Praxis, No 1, Chile, Universidad de Talca.
72. Sagües, N. P. (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. de Hernán Alejandro Olano García. *Díkaion*, 14(1).
73. Sagües, N. (2006). La eficacia vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. y Argentina, en estudios constitucionales. *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Providencia, librotecnia.
74. Sierra Porto, H. (1995). *Sentencias de Inconstitucionalidad, Temas de Derecho Público*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”.
75. TARUFFO, M. (1996), “*Per un’analisi comparata del precedenti giudiziario*”, *Ragion pratica*, Núm. 6, pp. 55-64.
76. Torres, L. (2003). *La legitimidad de la Justicia Constitucional*. Cuadernos Constitucionales, Quito, Ecuador: Librería Jurídica Cevallos.
77. Trujillo, J. (2006). *Teoría del Estado en Ecuador, Quito*. Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador: Corporación Editora Nacional.

78. Vallet de Goytisoló, J. (1994). *Metodología de la determinación del Derecho, II Parte Sistemática*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
79. Zavala Egas, J. (1999). *Derecho Constitucional, Tomo II*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.