

**CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICADOS POR LOS JUECES DE
CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL
DERECHO A LA SALUD, EN ACCIONES DE TUTELA INSTAURADAS A
TRAVÉS DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE LA UIS EN EL AÑO 2010.**

CLARA INES TAPIAS PADILLA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2011

**CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICADOS POR LOS JUECES DE
CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL
DERECHO A LA SALUD, EN ACCIONES DE TUTELA INSTAURADAS A
TRAVÉS DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE LA UIS EN EL AÑO 2010.**

CLARA INES TAPIAS PADILLA

**Trabajo de grado para optar el título de
Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

DIRECTORA

OLGA CECILIA GONZALEZ NORIEGA

ABOGADA - MAGISTER

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

BUCARAMANGA

2011

CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	9
1. IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCION COLOMBIANA DE 1991 EN EL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	14
1.1 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	14
1.2 VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA	25
1.3 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	31
1.4 SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	38
2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD	55
3. INTERPRETACIÓN APLICADA POR LOS JUECES DE BUCARAMANGA EN SEDE DE TUTELA	97
4. CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA	111
ANEXOS.....	117

LISTA DE ANEXOS

		Página
ANEXO A	ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS PROFERIDAS POR JUZGADOS DE BUCARAMANGA	118
ANEXO B	GRAFICO DE ASUNTOS ATENDIDOS EN CONSULTORIO JURIDICO UIS EN EL AÑO 2010	133
ANEXO C	GRAFICO DE ASUNTOS ATENDIDOS EN CONSULTORIO JURIDICO UIS EN DERECHO PUBLICO EN EL AÑO 2010	134
ANEXO D	GRAFICO DE ACCIONES DE TUTELA EN SALUD ATENDIDAS EN CONSULTORIO JURIDICO UIS EN EL AÑO 2010	135

RESUMEN

TÍTULO: *CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICADOS POR LOS JUECES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, EN ACCIONES DE TUTELA INSTAURADAS A TRAVÉS DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE LA UIS EN EL AÑO 2010**

AUTOR: CLARA INES TAPIAS PADILLA**

PALABRAS CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, DERECHO A LA SALUD, ACCION DE TUTELA, INTEPRETACION, PRECEDENTE.

DESCRIPCIÓN:

La acción de tutela como una de las instituciones más importantes para el desarrollo real de la Constitución Política de 1991, ha permitido dinamizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, colocando al alcance de todos la posibilidad de reclamar al Estado una acción eficaz que permita defender sus derechos de las arbitrariedades de los funcionarios públicos y de los particulares.

El presente trabajo aborda en el primer capítulo la importancia de la Constitución en el ámbito del Estado Social de Derecho, como eje transversal del dinamismo del derecho contemporáneo en materia de derechos fundamentales, que se sustenta en la supremacía del Constitución, bloque de constitucionalidad y una aproximación a la postura actual de los derechos fundamentales.

El segundo capítulo se ubica en la interpretación de la Constitución desde los criterios de valoración que desarrolla la Corte Constitucional en la protección del derecho a la salud, que permite evidenciar los criterios que fundamentan importantes decisiones judiciales, justificando la razón del precedente constitucional.

El tercer capítulo se desarrolla una revisión en contraste con los capítulos primero y segundo que permite identificar el ejercicio hermenéutico de los jueces de Bucaramanga que han fallado acciones de tutela y que han sido presentadas a través del Consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la UIS.

Es importante resaltar que referente a la acción de tutela como mecanismo de naturaleza procesal, incorporada a la legislación colombiana con rango constitucional, como plena defensa del Estado Social Democrático de Derecho, la última palabra no está escrita, y es el Estado constitucionalmente legitimado quien tiene la función protectora para evitar restricciones desproporcionales en materia de salud pública que terminen por hacer ineficaz este mecanismo de protección que hasta ahora ha sido un asidero de esperanza para el ciudadano colombiano.

* Trabajo de Grado

**Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Maestría Hermenéutica Jurídica y Derecho. Dirigido por: Doctora Olga Cecilia González N.

ABSTRACT

TITLE: *INTERPRETIVE CRITERIA APPLIED BY BUCARAMANGA JUDGES REGARDING THE PROTECTION OF HEALTH RIGHTS BY MEANS OF WRIT OF INJUNCTION THROUGH THE LEGAL OFFICE AT UIS DURING THE YEAR 2010.**

AUTHOR: PADILLA TAPIAS CLARA INES**

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONAL SUPREMACY, HEALTH RIGHTS, WRIT OF INJUNCTION, INTERPRETATION, PRECEDENT.

DESCRIPTION

The writ of injunction as one of the most important developments for the current Political Constitution of 1991 has guaranteed the effective enjoyment of fundamental rights, making all individuals able to claim an effective action from the state in order to defend their rights against abuses of government officials and private individuals.

The first chapter of this paper addresses the importance of the Constitution in the Rule of Law, the dynamism of contemporary law on fundamental rights based on the supremacy of the Constitution, the constitutional block as well as an overview of the current position of fundamental rights.

The second chapter focuses on the interpretation of the Constitution taking into account the evaluation criteria developed by the Constitutional Court in protecting the right to health, which shows important criteria that underpins judicial decisions and supports the 'Constitutional Precedent'.

The third chapter develops a review against the first two chapters that identifies the hermeneutic exercise of the Bucaramanga judges who have awarded writs of injunction sued through the School of Law and Political Science's legal office at UIS.

It is important to note that reference to the writ of injunction as a mechanism of a procedural nature, incorporated into Colombian law with constitutional rank, as full defense of the democratic Social State of law, the last word is not written, and is constitutionally legitimate State who has the protective function to avoid restrictions omitting in the field of public health that end up making this mechanism of protection as ineffective until now has been a hold of hope for the Colombian citizen.

* Work Degree

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Master of Legal Hermeneutics and Law. Directed by: Dr. Olga Cecilia Gonzalez N.

INTRODUCCIÓN

La acción de tutela indudablemente se constituye una de las instituciones más importantes para el desarrollo real de la Constitución Política de 1991, en la medida en que ha permitido dinamizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, colocando al alcance de todos la posibilidad de reclamar al Estado una acción eficaz que permita defender sus derechos de las arbitrariedades de los funcionarios públicos y de los particulares.

La protección de los derechos se concreta por parte del constituyente de 1991, consagrando mecanismos apropiados que garanticen que el contenido de ellos trascienda y se ubique frente a situaciones reales en las que deban ser aplicados, en respuesta a los diferentes desconocimientos, arbitrariedades, incumplimientos de las normas que vulneran los derechos de los ciudadanos. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 otorga a todos los ciudadanos, el derecho de acceder a la acción de tutela, para exigir la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y que los jueces garanticen su cumplimiento soportado en un conocimiento idóneo.¹

“Toda persona tendrá acción de tutela 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

¹ ARENAS . Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana de 1991. Bogotá, Colombia: Temis.1993.

resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. “

Dada la evolución y las nuevas interpretaciones en materia de derechos, la Corte Constitucional ha destacado la importancia del precedente judicial, ajustado al precepto constitucional contenido en el artículo 229 de la Carta Política “ debe guardar estrecha relación con el artículo 13 del mismo estatuto para que el derecho a acceder igualitariamente ante los jueces sea “concebido no solamente como la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también como la posibilidad de recibir idéntico tratamiento por parte de estas autoridades y de los tribunales, ante situaciones similares como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-104 de 1995².

² Corte Constitucional, Sentencia T -571 de 2007, citada dentro de la Sentencia T -268 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

En este escenario se aborda el presente escrito desde la óptica constitucional, en el primer capítulo la importancia de la Constitución que se sustenta en la supremacía de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y una aproximación a la postura actual de los derechos fundamentales.

En el segundo capítulo se abordará la interpretación de la Constitución desde los criterios de valoración que desarrolla la Corte Constitucional en la protección del derecho a la salud. Se analizarán así mismo, los criterios de interpretación aplicados por la alta corte y que han sido fundamento de importantes decisiones judiciales, justificando así la razón del precedente constitucional.

En el tercer capítulo se desarrolla una revisión en contraste de los capítulos primero y segundo que permite identificar el ejercicio hermenéutico de los jueces de Bucaramanga que han fallado acciones de tutela que se han presentado a través del Consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander.

En este orden de ideas se pretende realizar el abordaje del tema, refiriendo que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza procesal que fue incorporado a la legislación colombiana con rango constitucional, de competencia al órgano jurisdiccional, que le corresponde la defensa del Estado de Derecho. El Juez conoce el sistema jurídico y es quien está dotado de valores superiores *“para comprender que el respeto de la ley es mucho más que la realización del Estado legal de derecho: la aplicación de preceptos normativos deben dar lugar a crear un Estado Social de Derecho orientado hacia la salvaguardia y operatividad de los valores materiales y principios que informan el ordenamiento jurídico”*.³

³ ARENAS . Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana de 1991. Bogotá, Colombia: Temis.1993.

Esta acción consagrada en la Constitución de 1991 protege los derechos fundamentales no amparados por otros mecanismos judiciales, y procede cuando ellos han sido violados o estén en peligro de serlo y la inseguridad provenga de la actuación u omisión de una autoridad pública o de los particulares cuando se encargan de la prestación de un servicio público o cuando con su actuación afectan el interés colectivo o también cuando el ciudadano se encuentra en una posición de indefensión respecto de ellos.⁴

*La Corte Constitucional ha sostenido que “que de acuerdo con los artículos 86 de la Carta, y 42 del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela procede frente a actos u omisiones de particulares que violen derechos fundamentales cuando: (i) el solicitante se halla en estado de subordinación o indefensión; (ii) la conducta particular afecta grave y directamente el interés colectivo, o (iii) cuando el particular contra quien se dirige la acción, presta un servicio público.”*⁵, la acción de tutela se ha convertido en un instrumento fundamental para lograr el amparo y desde la creación de la figura de amparo en la Carta Política de 1991 es evidente que su aporte a la sociedad y en especial a personas vulnerables se ha convertido en el único mecanismo eficaz, eficiente al momento de buscar el reconocimiento de los derechos y en especial en cuanto al derecho a la salud.

La Constitución Política es enfática en su Capítulo 5 De la finalidad social del Estado y de los Servicios públicos, artículo 366 establece que: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.”

⁴ ARENAS . Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana de 1991. Bogotá, Colombia: Temis.1993.

⁵ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión, Sentencia T – 292 de 2006 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, pronunciamiento en la cual la Corte señala la Ratio Decidendi de Sentencias de Constitucionalidad y de Tutela.

Es importante desarrollar este ejercicio, desde la óptica de la hermenéutica teniendo en cuenta que en el marco del desarrollo de actividad del consultorio Jurídico de la UIS, como Unidad de servicio jurídico a la comunidad de los estratos uno, dos y tres se instauran acciones de tutela, en mayor número respecto al derecho a la salud.

1. IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991 EN EL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este primer capítulo, se abordará la importancia de la Constitución en el ámbito del Estado social de Derecho, como eje transversal del dinamismo del derecho contemporáneo en materia de derechos fundamentales, igualmente el papel que ha jugado la Corte Constitucional como garante de los principios y derechos en el marco de la construcción de un orden social justo que permite evidenciar la concreta protección legal de los derechos individuales.

se abordará la supremacía de la Constitución Política como resorte de toda la regulación y desarrollo de los derechos, haciendo un examen del desarrollo que ha alcanzado la norma a través de la jurisprudencia evidenciado en el precedente constitucional, que se convierte entonces en la carta de navegación de los ciudadanos y de los jueces en materia de derechos y en especial del derecho a la salud en aras de garantizar la igualdad que eventualmente es quebrantada por agentes de derecho privado o público.

1.1 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Abordar el tema propuesto, refiere partir de la Constitución Política de 1991, la cual se sustenta como LEY suprema de reconocimiento y ejercicio de los derechos de los ciudadanos. En este escenario vale la pena destacar el rol de la Corte Constitucional a quien se le confía "...la guarda de la integridad y

supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos...”⁶ y en especial cabe traer al escrito el n.9 del artículo 241 en materia de “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.”⁷

La supremacía de la Constitución (art 4), es inseparable del contenido de la norma, pues la Carta cumple una finalidad política “la ordenación fundamental de la sociedad, a la que necesariamente se dirige la voluntad del poder constituyente. Su finalidad política conduce a una abstracción y generalidad – intrínseca de las normas constitucionales – que permite la pluralidad de sus realizaciones, a partir del concepto según el cual la sociedad no es homogénea en el plano de las necesidades, intereses, creencias y valores”⁸.

Los valores y principios contenidos en la carta constitucional son la integración de la realidad social, que permiten orientar la acción del Estado con fines determinados, indicando que la existencia de los principios y valores en las normas constitucionales han sido aceptadas y acatadas por el tribunal de jurisdicción constitucional, lo cual se evidencia en los operadores jurídicos que deben aplicar los preceptos constitucionales de acuerdo al art 4 de la Constitución Nacional.⁹

La Constitución garantiza el orden social justo, a los ciudadanos en el preámbulo y el artículo 2, concretando así las obligaciones del Estado, para que en condiciones justas y libres realice el principio de Estado social de Derecho. La

⁶ Artículo 241. Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

⁷ Artículo 241. Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

⁸ Martínez Caballero Alejandro. Interpretación de la Constitución. Control Constitucional. Revista de Derecho Público N.26 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. Junio 2011. ISSN 1909-7794.

⁹ Martínez Caballero Alejandro. Interpretación de la Constitución. Control Constitucional. Revista de Derecho Público N.26 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. Junio 2011. ISSN 1909-7794.

carta magna como norma jurídica contiene preceptos de carácter obligatorio, generando una vinculación de responsabilidad por parte de particulares, funcionarios públicos, autoridades por violación de la constitución.

En el ejercicio práctico de la exigibilidad de los derechos se evidencia a través de los diferentes pronunciamientos constitucionales una mayor preocupación por el cumplimiento de la “justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” ¹⁰siendo estos elementos fundamentales que se encuentran en cabeza del Juez Constitucional en el contexto del Estado Social de Derecho.

El Juez constitucional aplica la norma de acuerdo al caso, su intervención se consolida en un puente articulador entre el derecho y la sociedad, permitiendo obtener la justicia, el reconocimiento de los derechos y a las garantía a las personas una protección eficaz que se materialice en el asunto concreto, en consonancia con el articulado constitucional.

En materia de protección de los derechos Humanos y dentro de los elementos normativos que tiene en cuenta el Juez para garantizar la protección de los mismos, debe articular la normatividad interna con el derecho internacional, que según el artículo 93¹¹ de la Carta Política prevalece en el orden interno.

En la aplicación normativa, la Corte Constitucional desarrolla una interpretación sistemática de la Constitución con el fin de desarrollar el deber de progresividad en la jurisprudencia proferida, delimitando una órbitas de aplicación que permiten

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T- 406, Junio 5 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

¹¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 93: “Los tratados y Convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y los deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

determinar una línea jurisprudencial de carácter constitucional buscando garantizar el deber de progresividad concretado en “ ...de un mínimo de satisfacción no negociable en el debate democrático, que debe ser protegido a todo habitante del territorio nacional y que se refiere a una condiciones básicas para garantizar el mínimo vital, la igualdad y la dignidad humana” ¹².

Existe un corpus normativo de orden internacional que permite garantizar desde esta óptica la protección de los derechos, destacándose entre ellos: el Sistema Universal de Protección, articulado dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ; los Sistemas Regionales de Protección, dispuestos desde tres niveles geográficos que corresponden a el Sistema Europeo de Protección, construido bajo el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA); el Sistema Europeo de protección, construido bajo el marco del Consejo de Europa; y el Sistema Africano de Protección, en construcción, bajo el marco de la Organización de la Unidad africana. ¹³

Es importante destacar que el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, recoge los tratados internacionales y de organismos e instituciones internacionales, articulados dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), con el objetivo de proteger los Derechos Humanos en la Región.¹⁴ Dentro de los principales instrumentos internacionales que conforman

¹² Citado en Cepeda Manuel José y otros en Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá. P. 68. Sentencia SU- 225 de 1998:” en este caso la Corte ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita contra la meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados de la población; Sentencia T-025 de 2004: en este fallo la Corte ordena garantizar a las personas e situación de desplazamiento forzado los contenidos mínimos de sus derechos fundamentales, los cuales no son negociables.”

¹³ Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 270

¹⁴ Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 270,271.

También se hace necesario relacionar que el Sistema Interamericano cuenta con órganos que tiene como función proteger y garantizar la aplicación de las normas correspondientes a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión

El Sistema de Protección, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos o llamada también Pacto de San José que fue suscrita dentro del marco de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, celebrada en Costa Rica entre el 7 y 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Colombia mediante Ley 16 de 1972 y posteriormente ratificado el 31 de Julio de 1973 y con vigencia el 18 de Julio de 1978.¹⁵

De acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica Ley 16 de 1972 artículo 26 se establece el Desarrollo progresivo en el cual “ Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno, como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformados por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.¹⁶ Otro instrumento importante en la órbita de estudio corresponde al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano principal y autónomo con sede en Washington cuyo mandato surge en la carta de la OEA, con “la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” ver en www.cidh.oas.org y La Corte Interamericana de Derechos Humanos con Sede en San José de Costa Rica, cuyo objetivo es “la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto”. Consultado en www.corteidh.or.cr.

¹⁵ Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 270,271.

¹⁶ Ley 16/72 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Art. 1: “Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”

Se hace necesario tener en cuenta que en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el “sistema de Protección” “en este sentido está conformado por los tratados de derechos humanos firmados por los Estados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (Sistema Universal) o de sistemas regionales como la organización de Estados Americanos.”, en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 270.

Económicos, Sociales y Culturales o también denominado “ Protocolo de San Salvador” , el cual fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y aprobado en Colombia por la Ley 319 de 1996 con control de constitucionalidad en Sentencia C- 252 de 1997, ratificado el 23 de diciembre de 1997 y con vigencia el 16 de noviembre de 1999.¹⁷

*“Los Estados Partes asumen el deber de progresividad, al comprometerse a adoptar las medidas necesarias “hasta el máximo de recursos posibles y teniendo en cuenta su grado de desarrollo” (art. 1) y las disposiciones normativas en el ámbito interno (art. 2) para el desarrollo progresivo de estos derechos, hasta lograr su efectividad”.*¹⁸

También en este entendido es de destacar que el deber de progresividad también refiere la “faceta programática, que exige a las autoridades competentes, procesos complejos de para diseñar e implementar políticas y apropiar los recursos necesarios para su ejecución” tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional en Sentencia T- 025 de 2004 y T- 595 de 2002.¹⁹

El deber de progresividad se materializa cuando el Tribunal Constitucional exige al Estado corregir profundas desigualdades sociales en el país, buscando una mayor cobertura, incluyendo a los segmentos de la población marginados y vulnerables, mediante el cumplimiento de “dos tipos de deberes: uno de acción positiva y otro de abstención. En cuanto al primero, las autoridades deben adoptar e implementar políticas y medidas para satisfacer progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales, en aplicación de la llamada “ cláusula de

¹⁷ Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 270,271.

¹⁸ Citado en Cepeda Manuel José y otros en Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá.

¹⁹ Citado en Cepeda Manuel José y otros en Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá

erradicación de injusticias presentes”, y respeto del segundo, el Estado debe abstenerse de desarrollar políticas o tomar medidas regresivas frente a los derechos económicos, sociales y culturales que conduzcan a desconocer los avances y por ende a agravar la situación de injusticia y marginación social²⁰.

La importancia de la unificación de la posición de la Corte sobre temas de derechos fundamentales permite evidenciar el criterio de interpretación de través de la Sentencia SU 225 DE 1998 que establece:

“Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente - en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad.”²¹

En el marco de aplicación y de reconocimiento de la Carta Constitucional, la jurisprudencia constitucional en búsqueda de la materialización de la progresividad los derechos económicos, sociales y culturales, ha desarrollado en diferentes pronunciamientos, una línea jurisprudencial dirigida a cerrar las brechas de desigualdad en la sociedad, promoviendo a través de sus pronunciamientos condiciones materiales a sectores vulnerables de la sociedad a fin de facilitar una verdadera inclusión social de dichos sectores en la sociedad.

²⁰ Sentencia T-025 de 2004, citada en Citado en Cepeda Manuel José y otros en Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá .Pág. 69.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia SU 225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sobre lo anterior, el Estado tiene dos obligaciones; una positiva y una negativa, siendo la primera referida a “la de adoptar e implementar políticas y medidas para satisfacer progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales y una negativa consistente en la obligación por la cual debe abstenerse de desarrollar programas o tomar medidas regresivas frente a estos derechos que conduzcan a desconocer los avances y por ende a agravar la injusticia y exclusión social “. ²²

En este contexto del Estado Social de derecho el juez adquiere gran importancia en las relaciones con el legislador y con la administración, siendo esta relación una de las características que se derivan de los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y las normas de las Carta. ²³

En consonancia con lo establecido, el ejercicio constitucional se sustenta en los principios constitucionales, para lo cual la Corte ha señalado que aquellos “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el Juez Constitucional.” ²⁴

Los principios constitucionales se articulan a los fines del Estado, que se encuentran consagrados en el artículo de la Carta Política Colombiana:

ART. 2º “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la

²² Cepeda Manuel José y otros en Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T- 406, Junio 5 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 406, Junio 5 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”

El Estado en Canon Constitucional, garantiza a todas las personas el acceso a la administración de justicia, lo que permite al ciudadano buscar la protección legal a sus derechos individuales.

ART. 229. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

La Asamblea Nacional Constituyente, se ocupó de lograr a través de un consenso de sus miembros, consientes, de la importancia de este momento, plasmar sus diferentes aspiraciones sociales buscando la protección legal necesaria en diferentes intereses propios de los ciudadanos; mediante consenso en materia constitucional, se logró a costa de una extensión impropia de las normas constitucionales y un articulado de trescientos ochenta, implementar ideas y concepciones de Estado de los constituyentes mediante figuras e instituciones convirtiéndose la Constitución en depositaria de una buena parte de ilusiones del pueblo colombiano buscando un futuro político estable y pacífico.²⁵

El autor Sierra Porto señala a propósito de la Constitución Política de 1991 “La tradición civilista, al respeto el derecho como instrumento para encauzar la vida política que ha sido tradicional en Colombia encontró en la Constitución, desde un primer momento, un instrumento idóneo para superar los distintos problemas por lo que ha atravesado el país. La aceptación social del significado de la Constitución, las bondades del derecho como solución de los conflictos y

²⁵ SIERRA PORTO, Humberto. A. Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. P. 29. 1998.

principalmente como mecanismo de rechazo a la justicia privada, legitiman el contenido constitucional”²⁶.

En este contexto, y bajo el denominado “Estado Constitucional”, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se creó la Corte Constitucional al que “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución... “²⁷, órgano que profiere pronunciamientos con fuerza vinculante y se convierte en fuente de derecho, teniendo en cuenta que se ocupa de establecer directrices encaminadas a unificar la interpretación de la Carta Política Colombiana en los diferentes tópicos que desarrolla, en especial en materia de protección de derecho a la salud. En este tópico la Corte Constitucional ha desarrollado un dinamismo que ha permitido construir una orientación del ordenamiento jurídico hacia los principios y valores de la Constitución; ese reconocimiento, la fuerza vinculante de sus sentencias, su obligatoriedad para jueces y autoridades consolida el precedente jurisprudencial en materia de salud, ha permitido y busca garantizar a los ciudadanos una seguridad jurídica sobre el derecho a la salud al momento en que se acude a un juez de tutela para solicitar su protección constitucional.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 836 de 2001 ²⁸ se pregunta:

“Cuál es el sentido que debe darse al sometimiento de los jueces al imperio de la ley, y a su autonomía para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico? Para responder a dicha pregunta se debe tener en cuenta, a su vez, que (1) el artículo 113 de la Carta establece que los diversos órganos del Estado tienen funciones separadas que

²⁶SIERRA PORTO, H. A. (1998). Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.P30-31.

²⁷ Artículo 241. Constitución Política de Colombia 1991.Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

²⁸ Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto nueve (9) de dos mil uno (2001).

colaboran armónicamente; (2) que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes en la Constitución y a asegurar la vigencia de un orden justo; (3) que la Constitución garantiza la prevalencia del derecho sustancial y; (4) que el principio de igualdad consagrado en el preámbulo de la Carta, en armonía con las diversas manifestaciones constitucionales de la igualdad – como derecho- tienen como presupuestos la igualdad frente a la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13).

En este pronunciamiento, la Corte en el desarrollo de los derechos que refiere, reconoce y armoniza su posición con el 49 de la Constitución política de 1991 que consagra en materia de derecho a la salud que:

‘La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley....’

La Corte Constitucional ha buscado reconocer y plasmar a través de sus pronunciamientos en materia de protección de derechos la prevalencia y la dinamización de los derechos fundamentales, promoviendo las directrices pertinentes para el ciudadano que acude a la administración de Justicia,

garantizando al conglomerado social la importancia de la existencia del precedente constitucional en materia de derechos fundamentales, es así como en pronunciamientos importantes²⁹ la Corte ha manifestado:

“La Carta señala en sus primeros artículos que Colombia es un Estado social de derecho, que además de ser democrático, participativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.N., arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 7º y 8º). (...).”

1.2 VALIDEZ DE LA NORMA JURIDICA

La supremacía de la Constitución Política permite sostener y concretar el Estado Social de Derecho que adquiere dinamismo en la sociedad cuando se encuentra reconocido y consolidado a través de las normas jurídicas partiendo de una validez de la norma dada por la autoridad que la ha proferido.

Hans Kelsen, sostiene que “el fundamento de validez sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una norma inferior”³⁰, a su vez también señala desde su dinámica jurídica que la norma sigue la estructura de silogismo que permite entonces una aplicación a los elementos que conforman la norma: premisa mayor, premisa menor que se convierten en condiciones de la conclusión enunciada por

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-251, abril 11/2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho 11 edición. R. J. Vernengo, Traducción. México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina. 2000. P.201.

Kelsen ³¹. Con estas variables se refiere al fenómeno de la validez de la norma, que conlleva a revisar de dónde viene la norma, quien la emite o por el hecho de determinarse de dónde proviene se puede determinar su validez, sobre la validez escribe Kelsen, que “El hecho que alguien ordene algo no es fundamento para considerar la orden como válida es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa facultad sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca”³². La validez se encuentra dentro de un espectro que permite poner en movimiento un sistema que incorpora el principio estático y el dinámico, para lo cual se enmarca en el primer principio según la índole del fundamento de validez aquellas normas que valen y en las que la conducta humana determinada en la norma es vista como debida.

Hans Kelsen sostiene en cuanto a las normas que son de orden jurídico, son normas impuestas, son elementos de orden positivo, pertenecen al derecho positivo, en este entendido también resalta que “si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse – es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento, - sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados

³¹ KELSEN, Hans. . Teoría Pura del Derecho 11 edición. R. J. Vernengo, Traducción México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina. 2000. P.202.

³² KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho 11 edición . R. J. Vernengo, Traducción México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina 2000. P.202.

hombres , son interpretados como hechos productores de normas; cuando - en última instancia- el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas. “³³

Sobre la validez de la constitución del Estado, kelsen señala “ que la validez de la constitución del Estado sobre la cual reposa la validez de todas las normas y la validez de las normas individuales producidas con fundamento en esas normas generales, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan producción de normas generales, en tanto determinan qué órganos y mediante qué procedimientos se deben producir normas generales, se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua”.³⁴

La Constitución es “plasmación de esa dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado” (...) la Constitución no se agota en unos cuantos artículos [...] las más de las veces de corte esquemático y que, en ocasiones, son el producto de una recepción jurídica de tercer o cuarta mano”, sino que recibe su sentido pleno del trasfondo espiritual que hace a un pueblo sentirse Estado.”³⁵ En este mismo orden de ideas reconoce el autor que la Constitución es mucho más que una norma jurídica, adquiere el carácter y el reconocimiento de “realidad integradora permanente y continua”, refleja la realidad de un grupo social integrado de forma previa, el cual a través de la constitución se manifiesta en su espíritu común, permanente actualizado y renovado³⁶ .

³³ KELSEN Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción del original en alemán Roberto J Vernengo. 11 edición. Editorial Porrúa. Av. República Argentina 15. México, 2000. Pág. 206.

³⁴ KELSEN Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción del original en alemán Roberto J Vernengo. 11 edición. Editorial Porrúa. Av. República Argentina 15. México, 2000. Pág. 207.

³⁵ KELSEN Hans. Estado como integración. Una controversia de principio. Estudio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Editorial Tecnos S.A 1997.

³⁶ Sostiene el autor en Kelsen Hans. Estado como integración. Una controversia de principio. Estudio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Editorial Tecnos S.A 1997.

La Constitución trasciende en su alcance, va más allá de la organización del Estado y de la consecución de los fines de bienestar es decir ante todo es integradora sostiene García Amado.³⁷

El valor integrador de la Constitución se sustenta como la verdadera base de la misma “el papel de la constitución es el de coordinar los factores de integración ya presentes y articulados en el grupo. La identificación con un territorio y el común sentimiento de pertenencia no son resultado de la Constitución sino de datos previos que dan lugar a la realidad preconstitucional que es el Estado”, le compete a la constitución la regulación del mantenimiento y reforzamiento de la integración.³⁸

La aplicación de la Carta Magna ha permitido construir y delimitar el alcance y la cobertura en el radio de protección que le corresponde al Estado a través de los diferentes pronunciamientos que se concretan en la jurisprudencia constitucional. El desarrollo del carácter dinámico y evolutivo de los derechos constitucionales, va de forma articulada con el ejercicio de la calidad en la gestión administrativa del Estado cuando se trata de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.³⁹

La Constitución permite garantizar a los ciudadanos la soberanía, las libertades y la igualdad en el ejercicio de sus derechos, desde el Estado constitucional, la constitución como norma suprema, fundamental que es transversal de todo el cuerpo normativo. Las normas que conforman la constitución contienen principios y valores en el entendido del desarrollo de un estado social de derecho.

³⁷ En Estudio preliminar García Amado en Kelsen Hans. Estado como integración. Una controversia de principio. Estudio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Editorial Tecnos S.A 1997.

³⁸ Kelsen Hans. Estado como integración. Una controversia de principio. Estudio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Editorial Tecnos S.A 1997.

³⁹ Cepeda Manuel José y otros en Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá.

En el espectro de aplicación, de exigibilidad de los derechos ante una flagrante omisión o ante la implacable ineficacia de las autoridades, o entidades prestadoras de servicios como en el caso del derecho a la salud, es evidente como el juez constitucional a través de sus pronunciamientos ha construido una estructura en la cual la supremacía de la Constitución ha sido el eje para el reconocimiento de los derechos, el ajuste de las políticas, que permitan garantizar la cobertura y la protección de los derechos en armonía con la legislación internacional en materia de derechos humanos con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución.

Sin lugar a dudas; la supremacía de la Constitución se evidencia en esa transformación real de cara a los derechos de las personas de una forma diáfana, le permite ser esa “carta de navegación” para el Estado; la Constitución impone límites legales, perfectamente previstos en el ejercicio de las garantías y los derechos protegidos de los ciudadanos, que se desarrollan articuladamente en las diferentes legislaciones que regulan los diferentes aspectos contenidos en la Carta Magna.

Dentro de la Supremacía de la Constitución Política se garantiza el equilibrio interpretativo de los cánones que la conforman en armonía con los bloques normativos que desarrollan cada uno de los tópicos constitucionales, sin embargo la Constitución establece derechos que son de aplicación directa como lo expresa el artículo 85 de la Constitución que los refiere de forma taxativa⁴⁰ y no requieren de una norma para su eficacia de una norma.

La Constitución Política, permitió en su aplicación real identificar si un derecho es fundamental o no, aspecto que sin lugar a dudas activa su eficacia. En este sentido el Juez debe desplegar actividades de interpretación de orden

⁴⁰ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

constitucional al caso concreto, para lo cual debe sustentarse en la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre la materia, escenario jurídico en el cual el Juez en sede de tutela en materia de derechos fundamentales realiza una actividad de verificación, pues “el Juez no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica”⁴¹

“ la llave del amparo la tiene el juez, porque lo que ley o sin ley reglamentaria permite conceder o denegar el amparo es la verificación judicial acerca de si el sistema procesal ordinario es suficientemente eficaz o no para proteger al derecho: si el juez con su análisis llega al convencimiento de que la vía procesal ordinaria es inepta, ineficaz e insuficiente para la protección cabal del derecho, entonces ese juez prescindir de la vía procesal ordinaria y utilizar la vía excepcional y sumaria del amparo.”⁴²

El Estado está obligado a desplegar todas las acciones propias de su resorte legal y administrativo para cumplir los fallos que el juez en sede de tutela ordena de forma enfática y perentoria el cumplimiento y la realización de acciones propias para garantizar la protección de los derechos del accionante, en el marco del ejercicio de interpretación razonada que desarrolla el operador jurídico basado en un análisis juicioso que le permite en límites justos los hechos presentados y la norma constitucional.

⁴¹ Martínez Caballero Alejandro. Interpretación de la Constitución. Control Constitucional. Revista de Derecho Público N.26 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. Junio 2011. ISSN 1909-7794.

⁴² Vanossi, Jorge Reinaldo, Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad. Editorial Universidad Buenos Aires 1984, pág. 296 a 297, citado por Martínez Caballero Alejandro. Interpretación de la Constitución. Control Constitucional. Revista de Derecho Público N.26 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. Junio 2011. ISSN 1909-7794.

Es importante señalar que la Constitución cuenta con diferentes normas, reglas, principios, valores etc., preceptos que entran en armonía al momento de realizar el ejercicio de la interpretación, de acuerdo a la jerarquía de las normas.

La dogmática juega un papel muy importante al momento de entrar a identificar la regulación y la especificidad de cada uno de los preceptos, a menos que la misma Constitución determine los derechos con su eficacia directa e indirecta como lo establece el art. 49 en cuanto al derecho a la salud, que lo incluye en el capítulo 2 dentro en el marco “De los derechos sociales, económicos y culturales”⁴³.

Para el caso de los Derechos económicos sociales y culturales, consagrados en la Constitución Política de 1991 capítulo II del título II, en el Estado Social de Derecho el individuo no se encuentra en capacidad de satisfacer por sí solo o con ayuda de su entorno sus necesidades básicas, se presentan riesgos sociales que no son susceptibles de tratarse por vías tradicionales, se salen de la esfera individual y los habitantes del Estado se concientizan que el Estado tiene a su cargo la obligación de garantizar un mínimo de bienestar en ámbitos como la salud, vivienda, alimentación, trabajo desde la perspectiva de la Constitución.

1.3 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Aunado a la supremacía de la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad recoge las normas y principios que no se encuentran en el cuerpo de la Carta Constitucional, aplicados por el intérprete de la Constitución en el entendido de garantizar el control de constitucionalidad de las leyes que la misma Constitución reconoce.

⁴³ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

La Constitución define, da los límites al legislador, a los operadores jurídicos, su poder constituyente no se sustituye, es una norma que solamente es susceptible de ser reformada. Se garantiza su aplicación para que el Juez pueda aplicar la Constitución bajo una interpretación que conlleve a un pronunciamiento aplicando la Ley con base a la Constitución.

La Constitución Política Colombiana en su artículo 9 se refiere a las relaciones exteriores del Estado las cuales se encuentran bajo el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.⁴⁴

El artículo 53 de la Carta Política establece que el congreso tendrá como principios mínimos fundamentales en materia laboral reconoce la existencia que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

El artículo 93 de la Constitución Política establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” Sobre lo cual la Corte Constitucional señala que esta en relación con la prevalencia en el orden interno de tratados y convenios internacionales “Esta disposición consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno.”⁴⁵ De igual forma sostiene el Alto Tribunal sobre este punto que es “igualmente condición indispensable para que todos los tratados o convenios internacionales

⁴⁴ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia N. C- 295 de 1993. M.P .Carlos Gaviria Díaz. Tema: Cosa Juzgada Constitucional, en ejercicio de acción público de inconstitucionalidad, se solicita se declare inexecutable algunos apartes de los artículos 1, 2 y 7 de la ley 9 de 1989 (ley de reforma Urbana).

prevalezcan, que sus normas no contraríen o vulneren los preceptos consagrados en nuestra Carta Política, pues en el caso de que tal cosa ocurriera las cláusulas transgresoras serían inaplicables”. Y de igual forma reitera la supremacía de Constitución en su artículo 4 como “norma de normas” “que además de ser la cúspide de la jerarquía normativa, es la base del ordenamiento jurídico colombiano y por tanto toda la legislación le está subordinada y debe adecuarse a sus mandatos”⁴⁶

En este sentido, el artículo 94 de Carta establece “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.”⁴⁷

A su vez el artículo 214 n. 2 de la Constitución señala “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”⁴⁸

En cuanto a la importancia del bloque de constitucionalidad la Corte ha afirmado que “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del estatuto superior.”⁴⁹

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia N. C- 295 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Tema: Cosa Juzgada Constitucional, en ejercicio de acción público de inconstitucionalidad, se solicita se declare inexecutable algunos apartes de los artículos 1, 2 y 7 de la ley 9 de 1989 (ley de reforma Urbana).

⁴⁷ La Corte Constitucional en Sentencia C 578 de Diciembre 4 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz reitera que “los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, además de servir como parámetro interpretativo de los derechos y garantías contenidos en la Constitución, en el caso de los tratados y convenios que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (C.P., art. 93). De ahí que el artículo 214-2 de la C.P. disponga que, aun bajo los estados de excepción, “se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

⁴⁸ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

⁴⁹ Corte Constitucional en Sentencia C 578 de Diciembre 4 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz tema: Ordenes militares, límites de la obediencia.

Las sentencias de la Corte vinculan a los operadores jurídicos donde se evidencia aplicación de la Constitución, aplicaciones de orden interpretativo mediante el reconocimiento de los límites para reconocer el derecho y garantizar la eficacia del mismo.

El bloque de constitucionalidad permite garantizar la aplicación de la Constitución en materias determinadas, así la Corte Constitucional ha señalado que el preámbulo de la Carta Política hace parte del bloque de constitucionalidad:

"(...) la Corte sostuvo que el preámbulo de la Constitución también hace parte del bloque de constitucionalidad porque aquél delinea los fundamentos básicos y define los propósitos que confluyen a la conformación del Estado colombiano. En esta línea la Corte defendió "la concepción jurídica según la cual el derecho no se agota en las normas y por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política".⁵⁰

La Constitución Política tiene efecto vinculante desde el preámbulo, lo cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional:

. "Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de esos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-67.febrero 4 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución....⁵¹

Enmarcados en la supremacía de la Constitución Política de 1991 es evidente el gran desarrollo con una eficacia vinculante, el ejercicio de los operadores judiciales cuando deciden los casos- problemas jurídicos - en desarrollo del artículo 86 de la Constitución Política que fue reglamentada por el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela que ha permitido desde su ejercicio eficaz dinamizar el derecho concretando una respuesta problemas jurídicos determinados.

La Constitución como norma de normas sustentada en valores y principios, se desarrolla en su articulado el Estado Social de Derecho que permite materializar la Constitución como piedra angular en materia de derechos.

Con la materialización de la Carta Suprema, el Tribunal Constitucional a través de sus fallos en los diferentes tópicos de protección y concreción de derechos, evidencia como el juez interviene con el fin de lograr de forma implacable el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las autoridades competentes e instituciones correspondientes.

La Constitución Política de Colombia de 1991 ha permitido bajo su supremacía reconstruir el tejido social con aplicaciones que sean pertinentes a una interpretación que conlleve a la verdadera aplicación de la Carta a cargo del Juez, que evidencie la materialización de los derechos sustentado en el Estado social de Derecho.

⁵¹ Corte Constitucional Sentencia C-479, agosto 13/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

En el escenario Constitucional actual ha sido muy importante la construcción de la Corte Constitucional dirigida a una verdadera aplicación del derecho a la salud a través de la protección legal que básicamente se funda en el recurso constitucional de la acción de tutela.

Además del cuerpo normativo que regula el derecho a la salud entre otras, el legislador colombiano ha desarrollado una extensa actividad en este tema articulada a políticas, entidades, con el fin de lograr el disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los más desprotegidos para obtener como mínimo el derecho a: "la salud, la pensión, y al trabajo" como lo se encuentra en la ley 789 de 2002 que definió el Sistema de protección Social.⁵²

En materia de derecho a la salud la Corte Constitucional a través de sus fallos ha contemplado diferentes aspectos que vinculan pactos y tratados internacionales que han sido ratificados por la República de Colombia y teniendo en cuenta su materia se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93 de la Constitución.⁵³

La Corte Constitucional, ha reconocido el doble carácter del derecho a la salud, una vez como fundamental y otra como derecho constitucional de orden social,⁵⁴ en Sentencia T- 484 de 1992 la Corte Constitucional señaló que:

⁵² La ley 789 de 2002 de Diciembre 27, por el cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo, definió el Sistema de Protección Social como "el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo"

⁵³ Corte Constitucional Sentencia T -380 de 17 de mayo de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁴ Arango Rodolfo. El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional.

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud, como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí de control de tutela.”

La Corte Constitucional a través de la sentencia T- 760 de 2008 se ocupó de analizar diferentes facetas del derecho a la salud, e hizo valoraciones que permitieron “garantizar el goce universal y equitativo y efectivo de este derecho” de igual forma el alto Tribunal caracteriza el derecho a la salud y refiere algunas reglas en relación con el derecho en asuntos de acceso a los servicios de salud, y se desarrolla el planteamiento de los diferentes escenarios fácticos en los cuales se configura del desconocimiento al derecho a la salud en especial que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional “ el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; viola el derecho a la salud, una EPS que suspenda el suministro de un tratamiento médico que se requiera, antes de que haya sido efectivamente asumido por otro prestador .”⁵⁵

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental.

El goce efectivo y la garantía de la protección del derecho a la salud debe tener en cuenta el concepto y la importancia de los derechos fundamentales, los cuales siguen en el presente escrito en atención a la importancia y a su alto impacto.

1.4 SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es pertinente precisar para efecto del desarrollo del presente escrito, el concepto de derecho fundamental partiendo de un concepto genérico de derechos humanos para poder conectar con la acción de tutela, por lo tanto es necesario referirse a la categoría genérica que es aplicada a los derechos que deben una protección mayor, y es la de “derechos humanos”. Enmarcado en la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución, se determina la distinción entre derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales, sobre lo cual Uprimny⁵⁶ resalta que no se trata de conceptos sinónimos, sino que se trata de conceptos autónomos, cada uno con consecuencias plenamente establecidas en su alcance y protección.

En cuanto a los derechos humanos es de señalar que se trata de una categoría general de la esfera del Derecho Internacional Humanitario que puede ser aplicada en tres espacios normativos:” la esfera política, como reivindicaciones sociales expresadas a modo de derechos, como puede ser el derecho a participar o el derecho a oponerse, a la vez que como criterio de evaluación de la legitimidad de un régimen político, en la esfera ética, como enunciados que permiten el ejercicio de la convivencia pacífica en una democracia secularizada; y como una categoría del derecho internacional público, actualmente “ los derechos humanos configuran un conjunto de obligaciones de respeto y garantía que tiene el Estado,

⁵⁶ Citado por Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 42.

frente a las personas, de suerte que en ese campo parece claro que sólo el Estado es responsable por la violación de esos derechos”.⁵⁷

Otra categoría son los Derechos Constitucionales,⁵⁸ lo cuales pertenecen al Derecho Público Interno, referido a los derechos humanos que han sido positivizados en los sistemas estatales a través de las constituciones políticas de los Estados. En este entendido algunas constituciones políticas positivizan derechos en distintos niveles fijando unos derechos que son constitucionales, pero no fundamentales, para el caso los derechos económicos como la libertad de empresa o libertad de competencia son derechos constitucionales pero no son derechos fundamentales señala el autor.⁵⁹

En el caso de los Derechos Fundamentales enmarcados en el ámbito del Derecho Público interno, ratificados a través de Pactos Internacionales, cuentan con una garantía reforzada así como lo señala el profesor Quinche y en ese sentido también cita al Uprimny quien señala que “la diferencia entre los derechos constitucionales en general y los derechos fundamentales es esencialmente el reforzamiento de la garantía. En efecto, no todos los derechos constitucionalizados son derechos fundamentales ya que estos últimos gozan de unas garantías suplementarias.”⁶⁰

En la Carta Política de 1991 fue acogida la clasificación de los derechos “por generaciones” basado en un criterio de la doctrina mediante un método

⁵⁷ UPRIMNY, Rodrigo. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución, Bogotá, 1995, citado en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 42, 43.

⁵⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución, Bogotá, 1995, citado en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 42, 43.

⁵⁹ Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 42, 43.

⁶⁰ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 44.

historiográfico se clasificaron los derechos en tres grados o categorías: Derechos Fundamentales, Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los Derechos Colectivos y del Ambiente y fue reconocido por la Corte Constitucional mediante Sentencia T- 008 de 1992, pronunciamiento en el cual se plantea el problema de la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales el cual queda a cargo de la Corte⁶¹.

Para abordar los derechos fundamentales, es pertinente tener en cuenta que estos derechos son derechos humanos constitucionalizados y cuentan con garantía reforzada, son derechos y garantía de carácter individual⁶², que permiten enervar por parte del Estado acciones de orden positivo a su cargo que se concretan en diferentes formas de orden jurídico encaminadas a lograr la efectivización de los derechos, como se puede evidenciar en la respuesta a las preguntas o los requerimientos de los particulares, el establecimiento de los procesos, de las autoridades competentes etc.

Los derechos fundamentales⁶³ de acuerdo al objeto de protección se clasifican en derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos de seguridad, derechos políticos, pero en este contexto se destaca como la Corte Constitucional mediante Sentencia T – 760 de 2008⁶⁴ reconoce los derechos sociales como derechos

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia N. T- 008 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencia que refiere a los Derechos fundamentales, derechos de familia y derechos de niño. En materia de interpretación reitera que “la posición del Juez de tutela, quien debe analizar el asunto en cada caso con los diversos criterios que se han señalado anteriormente, y en todo caso al hacer la revisión de las sentencias de tutela corresponde a la Corte Constitucional un papel decisivo, para cumplir su misión de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política”.

⁶² QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 45.

⁶³ Sobre derechos fundamentales y su clasificación el autor Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 45

⁶⁴ Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental. , se señala que el derecho a la salud es un derecho fundamental, “así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional. Segundo, se analizan las características de este derecho fundamental y las reglas pertinentes que ha trazado la jurisprudencia para asegurar un ámbito específico de protección, a saber,

fundamentales, de forma impactante para el derecho constitucional en especial en materia de derecho de salud, la Corte Constitucional sienta su posición al plantear la superación de la teoría de la conexidad respecto del derecho a la salud y definir que la salud es un derecho fundamental, su protección es directa y por vía de Acción de Tutela.

A partir de la igualdad que garantiza a todos los ciudadanos y se encuentra plasmado en la Constitución Política en el artículo 13 en el que se reconoce en el Título II – De los Derechos, las garantías y los deberes Capítulo 1 –De los Derechos fundamentales:

“ ART. 13.—Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica . El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.⁶⁵

el acceso a los servicios de salud. Dichas reglas son luego aplicadas a los casos concretos. Tercero, se derivan las implicaciones que tiene la fundamentalidad del derecho a la salud frente a las fallas de regulación constatadas por la Corte y se imparten las órdenes correspondientes para que las autoridades competentes adopten las medidas necesarias para superar el déficit de protección”.

⁶⁵ Constitución Política de Colombia 1991.Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

Los derechos han evolucionado y han tenido hoy día un tratamiento especial, un reconocimiento prevalente, caso especial el de los derechos fundamentales considerados por Robert Alexy como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”⁶⁶

En el caso de los derechos sociales fundamentales son derechos generales⁶⁷, y los determina el profesor Arango en tres planos que corresponden al plano titular del derecho, el de su objeto y el de su justificación; señalando así que en el plano del titular de derecho todas las personas son portadoras de derechos sociales fundamentales sobre los cuales son obligados los Estados democráticos modernos, en relación al objeto los derechos fundamentales son derechos de carácter constitucional, y en el plano de la fundamentación filosófica, “los derechos humanos cuyo carácter ideal (validez moral) se ha fortalecido mediante su positivización (validez jurídica)⁶⁸.

Los derechos sociales fundamentales contienen variables que articulan su estructura de ejercicio como son las obligaciones generales correlativas, la vulneración de derechos fundamentales por omisión y un carácter subsidiario de los derechos sociales fundamentales⁶⁹, establecidos en la Constitución Política que los reconoce y los sustenta como mandatos constitucionales que vincula al legislador y a la administración en el marco de una competencias legales dentro del ordenamiento jurídico del país.

⁶⁶ Citado por Arango Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 31

⁶⁷ Arango Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 37.

⁶⁸ Arango Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 38.

⁶⁹ Esta precisión la plantea el Doctor Rodolfo Arango en su obra, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 38.

Sobre los derechos fundamentales es necesario tener en cuenta la teoría de los Derechos fundamentales de Robert Alexy aplicada en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que presenta una triple interacción con la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales: la identifica, la sistematiza y la explica desde el punto de vista dogmático aportando, y aporta desde su reflexión que los derechos fundamentales deben aplicarse por medio del principio de proporcionalidad, en razón del carácter de principio que tienen las normas constitucionales que los establecen,⁷⁰ desde la aplicación del principio de proporcionalidad el Tribunal Alemán.

Para Robert Alexy los derechos fundamentales deben entenderse “como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales.”⁷¹ Los derechos fundamentales concebidos en reglas pueden catalogarse como principios, y adquieren el carácter de principios lo que implica a la luz de este Autor que dichas normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas.⁷²

Y de forma importante Alexy afirma que los derechos fundamentales tienen posiciones triádicas que son conferidas por las normas de derecho fundamental, pues tienen la forma de derecho a algo, libertades y competencias y que regula las

⁷⁰ Alexy Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

⁷¹ Alexy Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.pags XXIX.

⁷² ALEXY Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Traducción y Estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. P. XXVIII.

relaciones entre individuo – Estado - particulares y que se relaciona con el respeto de los bienes protegidos por los derechos fundamentales.⁷³

Las normas de derechos fundamentales prescriben el deber ser que las disposiciones contienen y confieren las posiciones de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se encuentran establecidos en disposiciones que fijan límites formales y materiales a los poderes públicos y privados, inclusive al poder legislativo;⁷⁴ Señala Alexy este funcionamiento en España, pero que de acuerdo a la legislación colombiana se observa que sucede lo mismo en la relación derechos fundamentales y poderes públicos.

Es de señalar también que el garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales se convierte en el propósito de la organización del Estado en forma de Estado Social y Democrático de Derecho en España, reconociendo el autor que el respeto es el objetivo de la competencia del Tribunal Constitucional que se encarga de controlar los actos de los poderes públicos y privados los procedimientos “ de control abstracto (el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) y concreto (el recurso de amparo) de constitucionalidad.⁷⁵

Sin lugar a dudas el ejercicio de estas figuras existentes en Colombia y especialmente en tratándose del recurso de amparo en el marco de la

⁷³ ALEXY Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.pag XXX.

⁷⁴ ALEXY Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.pag XXXII.

⁷⁵ En cita Alexy Robert Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.pag XXXII.

Constitución Política de Colombia como acción de tutela, materializa para el presente escrito el control concreto de los derechos.

Dentro de los postulados que sustentan la teoría de Robert Alexy ha sido de gran influencia, y fuertemente acogida por países como España en el entendido que los derechos fundamentales “son principios y los principios son mandatos de optimización”, lo cual permite construir una explicación de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales⁷⁶ que ha sido incorporada y aceptada por Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina y para el caso que nos ocupa en Colombia se destacan los derechos fundamentales tienen un contenido y una estructura y desde el planteamiento del profesor Arango es pertinente considerar la clasificación bajo una tesis maximalista ⁷⁷ que sostiene que los derechos fundamentales “deben ser garantizados a cualquiera en cualquier circunstancia”⁷⁸, posición garantista que resalta por demás la obligación del Estado entre los cuales se contempla el derecho a la alimentación , a la salud, a la vivienda, a la educación, al trabajo y a la seguridad social y presuponen normas jurídicas , obligaciones jurídicas y posiciones jurídicas con un reconocimiento de carácter personal sin limitación o discriminación alguna frente a las personas. Indudablemente, los titulares de los derechos sociales fundamentales son los individuos quienes son los sujetos de derechos planteado a si el Profesor Arango que los derechos sociales fundamentales son derechos individuales⁷⁹, lo que los legitima en una posición jurídica de exigir una acción

⁷⁶ ALEXY Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.pag XXXII.

⁷⁷ ARANGO Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 53.

⁷⁸ ARANGO Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 53.

⁷⁹ ARANGO Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 59.

positiva específica a otro, caso en el cual individuo exige al Estado el cumplimiento de su obligación en efectiva concreción del derecho.

Los derechos sociales fundamentales son derechos de carácter general en armonía con los derechos humanos y la Constitución Política pues su relación es indiscutible para su concepción como tal⁸⁰, en el marco del ordenamiento jurídico correspondiente.

El derecho se concreta y adquiere dinamismo en la sociedad cuando se encuentra reconocido y consolidado a través de las normas jurídicas y se parte entonces de una validez de la norma dada por la autoridad que la ha proferido, elemento desarrollado por Hans Kelsen quien sostiene que “el fundamento de validez sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una norma inferior.”⁸¹, a su vez también señala desde su dinámica jurídica que la norma sigue la estructura de silogismo que permite entonces una aplicación a los elementos que conforman la norma: premisa mayor, premisa menor que se convierten en condiciones de la condiciones de la conclusión enunciada por Kelsen ⁸².

Con estas variables se refiere al fenómeno de la validez de la norma, que conlleva a revisar de dónde viene la norma, quién la emite o por el hecho de determinarse de dónde proviene se puede determinar su validez.

⁸⁰Sostiene el Profesor Rodolfo Arango en El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 67.

⁸¹ KELSEN, H. (2000). *Teoría Pura del Derecho* (11 ed.). (R. J. Vernengo, Trad.) México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina P.201.

⁸² KELSEN, Hans. . *Teoría Pura del Derecho*. R. J. Vernengo, Traducción. México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina.2002 P.202.

Sobre la validez escribe Kelsen, que “El hecho que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa facultad sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca”⁸³. La validez se encuentra dentro de un espectro que permite poner en movimiento un sistema que incorpora el principio estático y el dinámico, para lo cual se enmarca en el primer principio según la índole del fundamento de validez aquellas normas que valen y en las que la conducta humana determinada en la norma es vista como debida.

Los derechos fundamentales son definidos por Robert Alexy⁸⁴ como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”, lo cual vincula en el escenario de la democracia de los países el reconocimiento de los derechos, indudablemente debe existir una política es Estado que permita garantizar a los ciudadanos el contar con el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos en el entendido de un escenario jurídico que permita evidenciar derechos contemplados en la Constitución, lo que permite garantizar y reconocer su importancia y su protección especial de tal forma que otras normas los modificarían.⁸⁵

Robert Alexy sostiene “que los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho

⁸³ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. R. J. Vernengo, Trad.ucción. México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina. 2002. P.202.

⁸⁴ Citado por el Profesor Rodolfo Arango en su libro Arango Rodolfo, El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 31.

⁸⁵ Esta previsión la realiza el profesor Arango, en el marco de establecer la ubicación la importancia de los derechos fundamentales versus norma general.

fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales”.⁸⁶

Los derechos fundamentales se encuentran referidos expresamente en un decálogo en el cuerpo de la Constitución Política, de tal forma que se encuentran determinados bajo el título de “De los derechos fundamentales”, directamente se encuentran reconocidos a favor de los ciudadanos. Le compete al Juez, a título de responsabilidad prioritaria la eficacia de los derechos fundamentales, “el aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. Es estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (Juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado Social de derecho es la consecuencia directa de la energética pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en el artículo 228 (“las actuaciones de la administración de justicia) serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial “) ⁸⁷.

⁸⁶ Alexy Robert. (2007) Teoría de los derechos fundamentales, Traducción y Estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. P. XXVIII.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T- 406 junio 5 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

El desarrollo del trabajo propuesto, se refiere al derecho a la salud, el cual fue reconocido como derecho constitucional fundamental⁸⁸, permitiendo entonces su amparo mediante acción de tutela, sin necesidad de entrar a probarse la violación conexas de otro derecho de rango fundamental para que proceda el amparo.⁸⁹ Es de advertir también que la Corte Constitucional ha protegido el derecho a la salud 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 ha permitido a la Corte identificar aspectos de núcleo esencial del derecho a la salud, y admitir su tutelabilidad, la segunda: ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera: es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, lo cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”⁹⁰

⁸⁸ En cuanto al carácter de fundamental del derecho a la salud, la Corte en la Sentencia T-760 de 2008 no define qué es un derecho fundamental ni los criterios para identificación o delimitación, sin embargo reconoce que la jurisprudencia ha delimitado aspectos del concepto. También se refiere a la postura de la Corte constitucional en pronunciamientos en los que ha reconocido “(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona.” Sentencia SU 225 de 1998 y Sentencia T-01 de 1992, T-462 de 1992, T- 1306 de 2000 citadas en la Sentencia Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental.

⁸⁹ Corte Constitucional Sentencia. T- 380 de 17 de mayo de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁰ Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental.

Este reconocimiento conlleva entonces “a que el Estado colombiano no solo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección. Ha dicho esta Corte que tal protección – en materia salud- apunta a que la atención médica de los niños debe ser (más que la de ninguna otra persona) pronta, eficiente y eficaz. En ese mismo sentido, que la prestación de los servicios médicos debe ser otorgada de manera oportuna.”⁹¹

Sobre el derecho a la salud la Corte Constitucional se ocupa de analizar diferentes facetas del derecho y realiza valoraciones con “la finalidad de garantizar el goce universal y efectivo de este derecho”⁹² y caracteriza el derecho a la salud basado en reglas constitucionales del derecho a la salud, el acceso a los servicios de salud, problemas de regulación como de las facetas del derecho a la salud.

Es evidente que frente a la vulneración del derecho a la salud, básicamente se encuentra una variable de orden económico, negativamente a sustentar la no prestación por parte de las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud que no cuentan con los recursos económicos para asumir la prestación del tratamiento de forma integral y oportuna a las personas.

En este contexto, es claro que los derechos fundamentales deben ser aplicados por el Estado, no pueden subordinarse a la mera voluntad del Estado, a través de las instituciones que desarrollan su obligación frente al ciudadano. En este entendido, frente a una eventual denegación del derecho, el ciudadano acude a la

⁹¹ Corte Constitucional Sentencia. T- 380 de 17 de mayo de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería

⁹² Corte Constitucional Sentencia T-760 de 31 de Julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Constitución Política, única “herramienta legislativa” que le permite acceder a los derechos fundamentales de forma eficaz en un Estado Social de Derecho de forma que se encargue efectivamente de respetar las garantías humanas, desarrollando, o mejor interpretando el sentido de la norma constitucional de forma legítima más, allá de la parte estática de los derechos, en el marco de unos límites o poderes constitucionales guardando, construyendo y conservando una órbita de derechos concretos a casos concretos.⁹³

La Acción de Tutela, operativizada en el decreto 2591 de 1991⁹⁴ y sus decretos reglamentarios es el mecanismo que activa eficazmente la protección de los derechos del ciudadano, que en contexto de tensiones entre las posiciones de los agentes que tiene a su cargo el ejercicio el reconocimiento de los derechos fundamentales como en el caso expreso del derecho a la salud, ha permitido a lo largo de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991⁹⁵ un mayor reconocimiento, hecho de gran importancia para la sociedad colombiana en especial para determinado sector de la población vulnerable.

El artículo 86 inciso tercero de la Constitución Política de 1991 determina la procedencia de la acción, dándole el carácter de subsidiaria ya que su procedencia requiere del agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C- 587 noviembre 12 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón señala en cuanto a la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales “... El Estado tiene una responsabilidad en relación con los derechos constitucionales fundamentales cuando, de manera organizativa y estructural, opera negligentemente, esto es: cuando no administra justicia de manera eficiente; cuando no legisla en relación con los derechos, de tal manera que el ciudadano carezca de instrumentos legales para defenderse de abusos y violaciones; cuando la administración sólo actúa a favor de intereses particulares.”

⁹⁴ Decreto 2591 de 1991 de noviembre 19. Art. 1: “Toda persona tendrá acción de tutela 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 las casos que señale este Decreto.”

⁹⁵ El Decreto 2591 de 1991 en su artículo 2 en cuanto a los derechos protegidos por la tutela establece que: “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

de defensa en cabeza del accionante, esto en la medida en que “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”⁹⁶

Sobre el perjuicio irremediable la Corte Constitucional ha señalado que corresponde a “situación de riesgo asociada a una vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y, a partir de ese momento, progresar hasta hacerse irreversible”⁹⁷, y en ese sentido ha sido reconocida por la procedencia del amparo para lo cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado unos elementos y características que le corresponde al accionante demostrar con el fin de configurar la situación de perjuicio irremediable.⁹⁸

- a. El perjuicio de ser inminente, es decir que amenaza o está por suceder prontamente.
- b. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir hay necesidad de actuar de inmediato.

⁹⁶ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 008 DE 1992 M.P. Fabio Morón Díaz señala en materia de derechos fundamentales que “el derecho interno de los Estados se ha visto, ante las necesidades de la reglamentación de las distintas categorías de Derechos Humanos, en la obligación de establecer una jerarquía entre ellos, situando en el plano más privilegiado a los denominados "Fundamentales". Así ocurre por ejemplo en la Constitución Política de Colombia que, en su artículo 5o. consagra "la primacía de los derechos inalienables de la persona", y en su artículo 86 estatuye la procedencia de la "acción de tutela" a fin de garantizar "la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales",

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 531 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica N. 20, Sentencia SU -544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Llinet, consideración jurídica N. 11. Citado en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.65.

⁹⁸ Corte Constitucional Sentencia C- 225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, citada en la Sentencia C-531 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración Jurídica n. 21 citada en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.66

- c. El perjuicio debe ser grave, es decir, equivalente a una gran intensidad del daño en el haber jurídico de la persona.
- d. La acción de tutela ha de ser impostergable (desde las notas de urgencia y gravedad), en tanto necesaria para restablecer la integridad del derecho.

En este marco de ejercicio constitucional, el pronunciamiento del Alto Tribunal Constitucional en materia del derecho a la salud a través de la sentencia T-760 de 2008 en armonía con la legislación reguladora: LEY 100 de 1993⁹⁹, impartió ordenes a los órganos competentes dirigidas a superar las fallas de la regulación que se concreta en la desprotección del derecho a la salud, lo cual es evidente en las diferentes acciones de tutela que se han presentado buscando el amparo al derecho a la salud. Sin embargo, el Alto Tribunal reconoce al Estado los esfuerzos realizados, señala que deja de “proteger el derecho a la salud cuando permite que la mayoría de violaciones a éste se presenten en situaciones recurrentes en las cuales se obstaculiza a las personas el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, es decir, en servicios ya financiados por estar incluidos dentro del POS”¹⁰⁰, el POS regulado en la Ley 100 de 1993 art. 162 permite garantizar a los beneficiarios del sistema “la protección integral de las familias a la maternidad, y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles

⁹⁹ Ley 100 de 1993 .Diciembre 23 de 1993. Congreso de la República de Colombia, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Libro II reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Art. 152, sustentado en principios del Sistema: universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad.

¹⁰⁰ Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental.

de atención y complejidad que se definan.” Esta cobertura se contempla para afiliados cotizantes del régimen contributivo y afiliados del régimen subsidiado.¹⁰¹

En todo caso se hace necesario precisar cómo la Corte Constitucional en el marco de la jurisprudencia y tendiendo como referente la Organización Mundial de la Salud ha señalado que la salud es “un estado completo de bienestar físico, mental y social” dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva.”¹⁰²

¹⁰¹ En el marco de la ley 100 de 1993 , se establece art. 162 parágrafo 2 que los servicios del POS serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

¹⁰² Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD

En este apartado se pretende articular el papel de la interpretación de la norma y en especial de la Constitución Política de 1991 por parte de los jueces de instancia, en Sede de tutela, reconoce el desarrollo de unos aspectos bien importantes desde el punto de vista de la hermenéutica que se convierte hoy día en una herramienta fundamental para la aplicación del derecho, para armonizar las diferentes leyes con los casos de aplicación que se presentan al operador jurídico.

Los fallos de la Corte Constitucional constituyen un escenario jurídico el cual se desarrolla con elementos de gran importancia como lo es el lenguaje, el cual constituye una herramienta fundamental en el ejercicio de la disciplina, el lenguaje humano es acción, que permite representar esa actividad propia del ser humano mediante la utilización de palabras que permiten representar las cosas o las situaciones que forman parte del contexto social al cual corresponde o en el cual se produce. Entonces es relevante la importancia de las palabras en un texto, en la medida que permite identificar las hipótesis que puede aceptar el operador jurídico en su ejercicio y obtener la información necesaria para recaudar las pruebas del texto, mediante la realización óptima de una lectura interpretativa.

Al desarrollarse la lectura interpretativa convergen la intención del autor, la cual tiene un objetivo claro como puede ser comunicar, convencer, reglamentar o sancionar una conducta como sería el caso de la intención del legislador; la intención del lector consistir en buscar una solución, una respuesta buscando satisfacer su propia intención.

En el marco del ejercicio de la disciplina del derecho, el jurista para comprender los textos jurídicos debe relacionar la importancia de la expresión y el contenido, siendo el contenido la forma, como el signo se manifiesta a los órganos de los sentidos del ser humano y el segundo referido a aquello que la expresión significa, generando entonces una relación entre significante(expresión) y significado (contenido).

Dentro de la relación que existe entre expresión y contenido se presentan los íconos en los que la expresión refleja una semejanza con el contenido que expresa y los arbitrarios, en que no existe semejanza entre la expresión y el contenido.¹⁰³

Para el jurista, el lenguaje constituye una herramienta fundamental en el ejercicio de la disciplina, el lenguaje humano es acción, que permite representar esa actividad propia del ser humano mediante la utilización de palabras que permiten representar las cosas o las situaciones que forman parte del contexto social al cual corresponde o en el cual se produce. Entonces es relevante la importancia de las palabras en un texto, en la medida que permite identificar las hipótesis que puede aceptar el operador jurídico en su ejercicio y obtener la información necesaria para recaudar las pruebas del texto, mediante la realización óptima de una lectura interpretativa.

El uso del lenguaje jurídico utilizado por los diferentes operadores jurídicos como las Cortes, los Jueces quienes en sus diferentes sentencias aplican las normas a casos concretos a través de un ejercicio de interpretación aplicada teniendo en cuenta reglas establecidas permite generar decisiones para dirimir conflictos plasmados por el demandante. Tanto las partes en el proceso como el juez se

¹⁰³ Simone Raffaele, Fundamentos de Lingüística, versión española de Rodríguez Reina María del Pilar .Editorial Ariel. Segunda edición .2001.

comunican a través de un lenguaje que permite establecer que existe una relación entre el lenguaje y el derecho.

En ese sentido los precepto normativos guardan un relación entre la expresión y el contenido, y también los actos se encuentran en conexión emitiendo palabras que se han generalizado por el paso del tiempo o porque el derecho los ha establecido bajo la figura de rituales o ceremoniales hasta convertirse en actos convencionales¹⁰⁴, lo cual forma parte del derecho y está establecido en las normas que para algunos contratos con de imperioso cumplimiento so pena de generar nulidad.

Otro aspecto importante que va unido a las palabras en el ejercicio del derecho son los procedimientos los cuales se presentan de acuerdo a ciertas clasificaciones que permiten establecer desde su propia naturaleza los límites de su aplicación, a determinados casos o asuntos normados , sin embargo también se contempla que si bien el legislador no puede comprender absolutamente todas la conductas o todos los hechos, tampoco es posible garantizar un procedimiento para todos los casos, lo que significa que dada esta situación, siempre se darán casos difíciles o marginales que no cuentan con un procedimiento convencional que permita ofrecer la posibilidad al operador jurídico de aplicar al caso concreto, aspecto señalado por Austin.¹⁰⁵

El operador jurídico ante casos difíciles, en los cuales no existe una convención para aplicar, aplica el precedente como referente para proferir la decisión, y de esta forma garantiza la real aplicación del derecho de acuerdo a los cánones establecidos por el legislador y no incurre en creación. Existe una relación directa

¹⁰⁴ J.L. Austin, Cómo hacer cosas con palabras. 1955. Edición electrónica de www.philosophia.cl/Escuela Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. P.14, 15.

¹⁰⁵ J.L. Austin, Cómo hacer cosas con palabras. 1955. Edición electrónica de www.philosophia.cl/Escuela Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. P.22.

de aplicación de la semiótica en el derecho, indudablemente esa relación de los códigos que forman la palabras y que son el móvil de comunicación permiten al legislador de una parte crear normas que permiten reglar actos humanos bajo presupuestos contemplados en los enunciados de la norma unidos a unos procedimientos convencionales enmarcados en unos mínimos que permiten garantizar a los coasociados unos derechos cuya tutela esta cargo del estado y que finalmente se manifiesta a través de la Constitución Política, las leyes, decretos; y de otra parte la aplicación de los imperativos corresponde de los operadores jurídicos encargados de garantizar una aplicación de la norma resolviendo un caso a través de una sentencia, actividad que finalmente configura la argumentación, que se realiza teniendo en cuenta dos extremos: quien argumenta y ante quien se argumenta, es decir existe un auditorio el cual el operador jurídico no puede desconocer al momento de pronunciarse.

El derecho moderno se expresa por medio de enunciados lingüísticos, las leyes, decretos, actos administrativos y las sentencias son textos complejos compuestos por enunciados lingüísticos que, además, en otras de sus dimensiones, consituyen verdaderos “actos de habla”¹⁰⁶, también Austin citado por López Medina “los enunciados del derecho son palabras con las que se hacen cosas ya que su expresión implica, por ejemplo, la toma de decisiones políticas o judiciales (en leyes y sentencias), o el compromiso firme y exigible de una persona de comprometerse en un cierto intercambio comercial (contrato). Las palabras del derecho constituyen realidades”¹⁰⁷ .

¹⁰⁶ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. La letra y el Espiritu de la ley. Bogotá, Colombia: Temis. Ediciones UNIANDES. 2008. P.1.

¹⁰⁷ LOPEZ MEDINA, Diego. Eduardo. La letra y el Espiritu de la ley. Bogotá, Colombia: Temis. Ediciones UNIANDES.2008. P.1

El lenguaje jurídico es un lenguaje de especialidad, tienen una lógica propia, y finalmente, posee formas especializadas de interpretación¹⁰⁸, el lenguaje del derecho cuenta con protocolos interpretativos, también especializados llamados métodos.

En este panorama, introducimos la hermenéutica, la cual es vista desde dos aspectos por Dueñas Ruíz¹⁰⁹: la hermenéutica como técnica o ciencia para interpretar y la hermenéutica como interpretación de la jurisprudencia: interpretación de la interpretación, niveles establecidos teniendo en cuenta la filosofía contemporánea, garantizando el convertir en realidad los derechos fundamentales. La hermenéutica es considerada por el profesor Dueñas Ruiz como “la teoría científica del arte de explicar los diferentes elementos o textos. En consecuencia, la interpretación jurídica sería el asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico. Este comportamiento hace parte de la tradición científica de la época moderna”¹¹⁰.

Los operadores jurídicos aplican la norma, eventualmente de forma rutinaria pero específicamente el trabajo hermenéutico se da cuando se requiere un esfuerzo, un criterio jurídico y conlleva entonces un trabajo creador. Interpretar constituye un proceso que tiene relevancia en los operadores jurídicos, la interpretación está sujeta a elementos subjetivos y objetivos que llevan entonces a que no se deje a un lado el hecho que el jurista es hombre que por su naturaleza al momento de realizar un ejercicio de interpretación cae en la entramada de estos elementos frente a un caso en particular.

¹⁰⁸ *Ibíd.* P.10.

¹⁰⁹ DUEÑAS RUIZ, O. J. . Lecciones de Hermenéutica Jurídica. 2005. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.2005

¹¹⁰ DUEÑAS RUIZ, O. J. . Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2005 P.15.

Interpretar refiere al proceso, la interpretación es el resultado del proceso señala el Profesor ¹¹¹, el proceso de interpretar es inevitable porque hay que precisar , buscar el sentido o el significado. Ese proceso hermenéutico implica aceptar la tradición científica de la época moderna que superó el método deductivo” ¹¹².

Dentro de la interpretación se identifica la interpretación auténtica: la hace la autoridad que ha expedido la norma o el acto objeto de interpretación. “Se ha considerado que la interpretación de la ley realizada por el legislador mediante otra Ley, es una interpretación auténtica o legislativa”¹¹³, sin embargo , es de resaltar que el Ejecutivo ni el Legislativo pueden mediante normas interpretar la Constitución, pues dicha actividad esta reservada a la Corte Constitucional.

La interpretación judicial tratada en la sentencia 1026 de 2001 citada por el profesor Dueñas Ruiz refiere:

“ Si los jueces, por una parte, son los encargados de hacer efectivos los derechos y libertades individuales y, por otra, son los que realizan la labor de aplicación del derecho positivo a la realidad social, entonces puede afirmarse que, respecto de ellos, el principio de legalidad cobra un dimensión hermenéutica de gran importancia, en la medida en que durante el desarrollo cabal de sus funciones deben realizar varios ejercicios interpretativos, tanto de la ley como de las circunstancias fácticas sobre lo que habrán de decidir”.

¹¹¹ DUEÑAS RUIZ, O. J.. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2005P.18.

¹¹² *Ibíd.* P.18.

¹¹³ *Ibíd.* P.19.

La interpretación jurídica es la existencia del derecho a la interpretación, y en la aplicación de la norma jurídica, entonces se reconoce el acceso de los ciudadanos a la justicia como principio y derecho constitucional.

En la aplicación de la norma a un caso concreto, el juez se puede encontrar en una situación en la cual puede estar frente a un abanico de soluciones para el mismo caso, generando entonces una incertidumbre frente a la respuesta correcta, entonces estamos frente a “casos difíciles, que no sólo se presentan cuando se presenta un indeterminación en el contenido de la norma sino también se presenta cuando al caso le son aplicables dos o más principios que colisionan; cuando nos encontramos frente a normas claramente injustas, pero que al fin y al cabo son normas; y cuando se hace necesario hacer un cambio de precedente”¹¹⁴.

Dentro de la órbita del derecho es indisoluble el vínculo entre el derecho y la filosofía del lenguaje soportado en que “en el abogado y sus prácticas corrientes se nos informa que el lenguaje jurídico es un lenguaje de especialidad, tienen una lógica propia, y finalmente posee formas especializadas de interpretación”.¹¹⁵

En el ejercicio diario del abogado en especial del operador jurídico como tal se ve inmerso en un escenario de interpretación propio, frente a cada caso del que se ocupa, para lo cual señala López Medina que los abogados confían “genuinamente en los métodos de interpretación” para tratar de convencer a los respectivos auditorios de interés.¹¹⁶ De igual manera el citado autor establece que en la conciencia jurídica ordinaria, el imaginario jurídico del lenguaje jurídico y de los métodos del derecho ha señalado sus líneas fundamentales así: “(i) frente a la convicción del legalismo francés según la cual el derecho debía ser lenguaje

¹¹⁴ DUEÑAS RUIZ, O. J. . Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.2005 P.25.

¹¹⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego E. La Letra y el Espíritu de la Ley, Bogotá, Temis – Uniandes. 2008. P 10.

¹¹⁶ Véase *Ibíd.* P 10.

común y popular, los abogados piensan que el derecho tiene un lenguaje especializado y científico; (ii) frente al escepticismo hermenéutico del positivismo, los abogados piensan que hay métodos de interpretación y que ellos trabajan adecuadamente para “demostrar” la verdad de las posiciones o tesis en derecho. Estos dos resultados no parecen provenir de reflexiones lingüísticas sino de los intereses de la profesión en defender el estatuto social y político de su quehacer¹¹⁷.

La función del derecho en la sociedad, ha establecido que el derecho tiene como su principal cometido el de resolver conflictos¹¹⁸ en búsqueda de lograr un equilibrio social que permita encuadrar fórmulas a través de las diferentes legislaciones que ofrezcan de armónica una respuesta a los requerimientos propios de la sociedad en un determinado estadio histórico. Se presenta entonces una actividad dinámica del derecho que articula diferentes aspectos que permiten conducir su objetivo sobre unos pilares plenamente establecidos como son la función legislativa, la ejecutiva y la judicial cada una nutrida por unas variables propias derivadas del desarrollo del hombre en la sociedad como lo cita el Profesor Bernal en su artículo¹¹⁹, estas funciones del derecho las observamos en Colombia en la Constitución Política de 1991 con la organización del Estado en el artículo 113¹²⁰, a través de las ramas del poder público que se ocupan de dinamizar con sustento del Legislador Constitucional el derecho bajo unos parámetros basados en principios y valores que buscan responder al colectivo social. Sin embargo, los conflictos de los cuales se ocupa el derecho y más exactamente en la función judicial no sería el encargado de entrar a solucionarlos,

¹¹⁷ Véase *Ibíd.* P 11.

¹¹⁸ Botero Bernal Andrés. Ensayo sobre la crisis de la Razón jurídica: (Formalismo versus principios y /o valores) en *Revista Opinión Jurídica*, volumen 5, N. 9 – ISSN 1692-2530-Medellín, Colombia. Enero – Junio de 2006. Pg. 35.

¹¹⁹ Botero Bernal Andrés. Ensayo sobre la crisis de la Razón jurídica: (Formalismo versus principios y /o valores) en *Revista Opinión Jurídica*, volumen 5, N. 9 – ISSN 1692-2530-Medellín, Colombia. Enero – Junio de 2006. Pg. 36.

¹²⁰ Constitución Política de Colombia, Legis Editores S.A, Vigésima Primera edición 2009.

el aparato jurisdiccional y la función judicial no están diseñados para tal reto, sino sólo para encauzar conflictos individuales.¹²¹

Esta situación se observa en la vida práctica cuando se confronta el conflicto con la realidad jurídica que se materializa cuando el ciudadano acude al aparato jurisdiccional para buscar que un operador jurídico: que el Juez resuelva de plano su conflicto, mediante la aplicación de la norma que permita obtener mediante un pronunciamiento: sentencia el reconocimiento de sus derechos o sus pretensiones bajo unas motivaciones que permitieron al Juez analizar los hechos presentados, bajo unos principios, valores, normas, precedentes jurisprudenciales, procedimientos agotados por las partes, que aplicados de una forma armónica y equilibrada solucionaría al ciudadano el conflicto y obteniendo así la justicia.

En Colombia, se observa como lo señala el Profesor Botero que definitivamente el operador jurídico se queda limitado en la actual sociedad que es dinámica, en los diferentes conflictos que día a día se generan y que el derecho vigente sigue siendo el mismo con un exagerado formalismo que conduce a la ineficacia del mismo, a tal punto que en aras de proferir una solución acorde con los hechos presentados entra a chocar con esferas que rayan con la órbita del derecho penal, teniendo en cuenta su calidad.

Cuando el Juez se aparta del derecho vigente y no lo aplica de forma que garantice una solución, en razón a que se puede encontrar frente a algunas lagunas normativas que no le permiten una cabal aplicación normativa se puede ver tipificada su conducta en un prevaricato y en este delito encuadra además de

¹²¹ Botero Bernal Andrés. Ensayo sobre la crisis de la Razón jurídica: (Formalismo versus principios y /o valores) en Revista Opinión Jurídica, volumen 5, N. 9 – ISSN 1692-2530-Medellín, Colombia. Enero – Junio de 2006. Pg. 36.

la violación manifiesta de la ley también se adiciona todo acto de producción normativa, lo que para muchos llega hasta los mismos principios jurídicos.¹²²

Hoy día el derecho es dinámico, evoluciona todos los días y está en cabeza del legislativo crear normas que se ajusten, modifiquen a variables propias de la sociedad que se encuentra a la espera de obtener una respuesta sobre su conflicto, pues el dejar a la sociedad sola con un derecho rígido estaría generando un desequilibrio y una inseguridad. El legislador no es omnipotente pero si debe velar por proteger y generar un equilibrio jurídico a través de sus normas, que van estructuradas en principios y valores que se encuentran determinados.

En el actual contexto jurídico, las Altas Cortes en sus diferentes pronunciamientos permiten solucionar conflictos en muchos casos dando una aplicación no tan estricta al derecho formal, basada en principios, valores, derechos fundamentales, el contexto social bajo una aplicación de argumentación, de interpretación, situación que ubica el conflicto en una órbita que garantiza una solución eficaz y en muchos casos generando precedentes sobre determinados asuntos que eventualmente el derecho vigente se quedó con un corto alcance para conseguir una solución con seguridad jurídica al ciudadano que acudió a la función judicial del derecho y en ese sentido propone una respuesta a la sociedad contemporánea. En este sentido es pertinente citar "... lo dicho por Geertz, en el sentido que la realidad apreciada (en este caso la discrecionalidad y la necesidad de un sistema jurídico conocido para que opere como encauzador en una sociedad moderna), al ser temida por sus posibilidades reales de cambio, deba ser esterilizada por medio de expectativas normativizadoras de la doctrina que

¹²² Botero Bernal Andrés. Ensayo sobre la crisis de la Razón jurídica: (Formalismo versus principios y /o valores) en Revista Opinión Jurídica, volumen 5, N. 9 – ISSN 1692-2530-Medellín, Colombia. Enero – Junio de 2006. Pg. 41.

inicialmente pregonaba el apego indiscriminado a la forma y ahora a los valores y los principios.)¹²³.

En la actualidad, el derecho en Colombia se observa con diferentes efectos jurídicos en relación a las diferentes soluciones que se concretan en pronunciamientos de los jueces terciando en derecho formal, principios y valores que el operador jurídico debe armonizar como es el caso de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que a través de sus fallos ha creado nuevas posturas sobre aspectos que por el momento el legislador no había modificado, creando así líneas de aplicación para los jueces en los cuales recae toda la responsabilidad por su debida aplicación sobre un asunto determinado.

El derecho tiene una relación muy estrecha con la interpretación y en especial en el contexto de la práctica más común en el derecho como es la jurisprudencial conectada con la filosofía hermenéutica que articula su quehacer, “en lo que a la hermenéutica le importa, la teoría y filosofía del derecho tienen sus propias tradiciones explicativas y la filosofía hermenéutica va poco más allá de ellas, al menos en el sentir del jurista; por otro, en lo que más importa al derecho, que es el hallazgo de reglas o métodos del correcto y racional decidir, la filosofía hermenéutica no proporciona soluciones”¹²⁴.

Existe una articulación armoniosa entre las diferentes ramas del poder en la actualidad social, razón por la cual la Corte ha señalado la importancia de reconocer el rol creador del Juez en el Estado actual, “el cual no se justifica exclusivamente por las limitaciones materiales de la actividad legislativa y el aumento de la complejidad social. Tiene una justificación adicional a partir de los

¹²³ Botero Bernal Andrés. Ensayo sobre la crisis de la Razón jurídica: (Formalismo versus principios y /o valores) en Revista Opinión Jurídica, volumen 5, N. 9 – ISSN 1692-2530-Medellín, Colombia. Enero – Junio de 2006. Pg. 50.

¹²⁴ GARCIA AMADO, J. A. Hermenéutica, filosofía y derecho. Universidad de León.

aspectos teleológicos y normativos, sustanciales del Estado Social de Derecho. Esta ha sido la posición adoptada por esta Corporación desde sus inicios.¹²⁵

El Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-406 de 1992 expresa que:

“8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (“las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.”¹²⁶

La Constitución Política Colombiana en el artículo 230 señala que:

¹²⁵Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de dos mil uno 2001.

¹²⁶ Citada Sentencia T – 406 de 1992 Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón en Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de dos mil uno 2001.

“los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Y en el artículo 228 el Legislador Constitucional señala que la administración de justicia es una función pública y sus decisiones son independientes.

La importancia del artículo 230 en cita, ha generado diferentes posturas que crean una tensión en los diferentes conceptos que refiere el legislador a los cuales se debe someter el Juez en sus providencias, sobre lo cual entra en discusión y como lo señala Diego López ¹²⁷ parece en primer lugar establecer una primacía clara de la “ley” en sentido formal sobre otras fuentes del derecho que, calificadas como “auxiliares”, sólo deberían tener una función de clarificación y complementación de la ley cuando esta no sea clara”, también destaca que la Corte Constitucional le ha dado una interpretación no textualista del artículo, ha dado y ha reconocido un alcance a la clausula “una interpretación más consonante con el principio de supremacía constitucional” sobre lo cual la Corte Constitucional ha manifestado que el “imperio de la “ley” no se refiere, exclusivamente, a su sentido formal como decisiones “autoritativas” emanadas del Congreso o del Ejecutivo en los casos en que la Constitución lo permite. La referencia a la “ley” se debe entender en un sentido más amplio, coextensivo al de “derecho”, donde cabe preferentemente la Constitución como primer componente del mismo.¹²⁸ Lo anterior, permite evidenciar de acuerdo al autor en cita la evolución de la jurisprudencia.

¹²⁷ Véase en artículo de López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

¹²⁸ Véase en artículo de López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

En cuanto al papel “auxiliar” de la jurisprudencia, permite tener en cuenta que la “auxiliaridad” señala López Medina “denota una cierta dependencia de los textos legales positivos ya que, bajo esta concepción, las sentencias judiciales tan sólo aclaran o complementan, en los pocos casos en que ello es necesario, las insuficiencias del generalmente certero y preciso derecho legislado”.¹²⁹

La jurisprudencia ofrece claridad a las normas que se derivan de los enunciados legales y dicha relación es concebida como literal, próxima y fiel, señala el autor, y resalta que las interpretaciones jurisprudenciales “son vistas entonces como emanaciones directas de la ley por lo que se trata apenas de una fuente apenas “auxiliar” de la otra. Esta cercanía lingüística y política entre sentencia y ley es parte fundamental de una cierta comprensión del “principio de legalidad” que algunos ven explícitamente reconocida en el artículo 230 de la Constitución.”

En el derecho contemporáneo que observa la aplicación y el alcance de la jurisprudencia que supera las fronteras de la exégesis normativa articulada a las doctrinas a las teorías jurídicas contemporáneas se han recepcionado claramente “que los jueces tienen espacios más amplios de discrecionalidad ante los textos de la norma (Hart) y que el derecho, con frecuencia, entra en complejos choques de ponderación donde la labor judicial no es meramente exegética o gramatical (Dworkin, Alexy).”¹³⁰

López Medina sostiene que la jurisprudencia tiene una marcada “dependencia” de las normas constitucionales y legisladas, en este entendido la jurisprudencia tiene una independencia intelectual y política que no refiere a decisiones de

¹²⁹ López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

¹³⁰ López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

arbitrariedad o con inconsistencias sino que se le reconoce a la jurisprudencia una “fuerza normativa” autónoma que introduce condiciones y normas distinguibles del sustrato positivo de la decisión para poder decidir los casos según el complejo derecho y que vincula a los jueces en el fallo de nuevos casos. En este entendido la jurisprudencia adquiere un valor autónomo con peso específico como fuente del derecho.¹³¹

Indudablemente el gran desarrollo y aporte de la jurisprudencia en el derecho colombiano se evidencia en el desarrollo de los derechos fundamentales a través del ejercicio dado por la Corte Constitucional Colombiana, que se ha ocupado a través de sus pronunciamientos de dar vida, alcance y concreción a los derechos a partir de los textos constitucionales “le ha dado direcciones que los mismos textos constitucionales no podrían haber tenido por sí solos por tratarse de principios generales altamente abstractos e indeterminados” señala el autor en cita López Medina.

Señala López Medina que la jurisprudencia actual tiene un significado final no “prelegislativo” sino “poslegislativo”, lo que evidencia el valor ampliado de la jurisprudencia que complementa los enunciados normativos de una forma dinámica más allá de lo que acepta la teoría tradicional. La jurisprudencia adquiere y asume el valor de “precedente” teniendo en cuenta que “en el sentido en que la dirección interpretativa propuesta por la Corte, primero, no se deriva estrictamente del texto positivo (pero sin violarlo o ser expresamente contrario al mismo) y, segundo, determina una orientación para el próximo caso que debe ser

¹³¹ Sostiene López Medina que “la jurisprudencia” llamada como “fuente auxiliar” parece erróneo porque se niega la importante creación de significado que se hace en las sentencias y la imputa erróneamente al texto positivo subyacente.” Véase en López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

respetada según el principio de igualdad. El artículo 230, entonces, ha sido reinterpretado en Colombia con fundamento en el principio.”¹³²

El artículo 230 de la Constitución Política de 1991 ha sido interpretado en el marco de la igualdad sustentado en que todos los jueces y funcionarios públicos tienen la “tienen la obligación *prima facie* de fallar un caso nuevo de conformidad a los precedentes dictados por la Corte con anterioridad en casos análogos por sus hechos y circunstancias siempre que no ofrezcan motivos suficientes y razonables para separarse de dichas decisiones precedentes”¹³³, en ese sentido la doctrina reconoce la existencia del “precedente” ,toda vez que establece el deber a los jueces de seguir los precedentes pero también le reconoce “ una ventana de escape para que controviertan abierta, y no por inadvertencia o ignorancia, las líneas jurisprudenciales trazadas por los tribunales de cierre en Colombia. La Corte ha pensado que esta “fuerza relativa” es la que mejor pondera la tensión entre la igualdad de trato y la independencia judicial.”¹³⁴

En este panorama jurídico el autor en cita reconoce como en Colombia definitivamente existe una verdadera evolución y construcción del “derecho jurisprudencial” sustentado en los siguientes elementos que permiten evidenciarlo:

- (i) Existe una verdadera explosión de estudios que buscan determinar las líneas jurisprudenciales en un tema determinado.
- (ii) Se acepta ahora sin mayor controversia que tales líneas jurisprudenciales tienen un cierto valor autónomo frente a las normas positivas

¹³² López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

¹³³ López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

¹³⁴ López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

subyacentes a los casos que se debaten y este valor autónomo es estudiado y usado por estudiantes y litigantes de derecho.

(iii) Los jueces, en sus fallos, dedican ahora esfuerzos importantes a la reconstrucción de los precedentes en sus argumentos jurídicos de fondo.

En aras de buscar ese reconocimiento a la jurisprudencia y en búsqueda de una reforma del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, se han desarrollado diferentes propuestas gubernamentales dirigidas a reconocer el papel del precedente jurisprudencial hoy día alcanzado en el desarrollo del derecho y con miras a reconocerle la característica de descongestión judicial, como sucede con la ley 1395 de 2010 que en el artículo 114 cuando reconoce a entidades públicas de cualquier orden encargadas de reconocer pensiones de jubilación, prestaciones entre otros tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales en materia ordinaria o contenciosa administrativa.¹³⁵

Seguidamente la ley 1437 de 2011¹³⁶ refiere con miras a que la jurisprudencia sea aplicada como forma de descongestión judicial y administrativa en el artículo 10 que establece un deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.¹³⁷

Art. 10 ley 1437 de 2011:

¹³⁵ Ley 1395 de 2010 expedida por el Congreso de Colombia por la cual se adoptan medidas de descongestión judicial. Art.114: “Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.”

¹³⁶ Ley 1437 de 2011 de Enero 18, expedido por el Congreso de Colombia, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo.

¹³⁷ López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?.

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

Frente a estas normas es evidente tener en cuenta, de acuerdo a López Medina que los esfuerzos legislativos por reconocer y establecer la obligación de obedecer el precedente desde el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 se quedó corto pues dicho mandato no determinó una sanción o de imposición forzada del instituto en caso de renuencia administrativa o judicial, sobre lo cual el código administrativo establece un derecho de petición particular y dos procesos judiciales independientes y aparentemente sencillos dirigidos el uno para extender preventivamente las sentencias de unificación a las autoridades administrativas sin necesidad de litigar el fondo del asunto y el otro que busca el mismo propósito respecto de jueces renuentes en sus fallos a respetar la jurisprudencia consolidada.¹³⁸

En todo caso en el marco de la reforma a la justicia en Colombia, es pertinente referir el proyecto que presentó el Presidente Juan Manuel Santos sobre el artículo 230 de la Constitución citado por López Medina:¹³⁹

“El artículo 230 quedará así:

¹³⁸ Véase en López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

¹³⁹ Véase en López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

Los jueces en sus jurisprudencias sólo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia.

La Ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales sólo tendrán efectos hacia el futuro.

La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

En cuanto a este proyecto de ley López Medina señala que el artículo 230 propone la modificación teniendo en cuenta:

“(i) en primer lugar, para clarificar la amplitud necesaria de la expresión “imperio de la ley” dentro de un estado constitucional de derecho; (ii) en segundo lugar, para recoger las prácticas judiciales que han permitido el desarrollo en Colombia de un “precedente constitucional” basado en el principio de igualdad”; y, (iii) en tercer lugar, y sin exclusión de lo anterior, autorizar a la Ley para que implemente sistemas de extensión de jurisprudencia con el objetivo de descongestionar la justicia en aquellos casos en que las decisiones de los tribunales sean ya estables y consolidadas.”¹⁴⁰

De otro, en este orden de ideas autores como Alexy propone que las reglas de la argumentación jurídica pero se encuentran en armonía con el estado, existe una validez social que justifican el sistema jurídico siempre y cuando estos llenen la exigencia de la razón práctica, y en este contexto se encuentran relacionados los derechos humanos fundamentales y la institucionalización de procedimientos y conformes con el Estado de Derecho.¹⁴¹

¹⁴⁰ Véase en López Medina Diego. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano?

¹⁴¹ ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1995. P. 53.

En Colombia, se ha presentado una evolución jurídica que ha llevado a la tradición jurídica a tener como punto de partida la ley 153 de 1887, la cual ha tenido una trascendencia indiscutible “difícilmente puede ser leída como un estatuto inspirado en la posiciones más extremas de la escuela de la exégesis y del culto a la ley.”¹⁴²

La Constitución, como norma suprema, es norma de normas el precedente constitucional, construido por la Corte Constitucional tiene fuerza vinculante para la interpretación de la Constitución y para la interpretación de las leyes que se crean siguiendo los lineamientos constitucionales.¹⁴³

*“Las sentencias constitucionales interpretan la Constitución o pueden interpretar las leyes, y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes no es inferior al que ocupan las leyes.”*¹⁴⁴

Los jueces se deben aplicar la jurisprudencia constitucional, y en caso de apartarse por razones de respeto al principio de igualdad, de seguridad jurídica, o de confianza legítima deben indicar las razones correspondientes¹⁴⁵.

La Corte Constitucional ha señalado en cuanto al ordenamiento jurídico colombiano que

“la integridad del ordenamiento jurídico sólo puede preservarse si hay coherencia entre la interpretación que fija el contenido material de la leyes y interpretación que fija el sentido de la Constitución. Por ejemplo,

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de dos mil uno 2001.

¹⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de 2001.

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de 2001.

¹⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de 2001.

si una norma declarada exequible por la Corte Constitucional es interpretada por los jueces de una manera contraria a la Constitución se rompe la integridad del ordenamiento jurídico. Por esta razón la Ley Estatutaria de la Administración de justicia en el artículo 48 al que hacíamos alusión dice que “la interpretación que por vía de autoridad hace (la Corte Constitucional) tiene carácter obligatorio general¹⁴⁶”.

En el ámbito de la interpretación en el derecho Colombiano especialmente en materia de derechos fundamentales han adquirido un tratamiento preferente a partir del reconocimiento y las posturas asumidas por la Corte Constitucional, pero sin lugar a dudas que han dado una aplicación mediante el ejercicio interpretativo de las normas, principios y valores a la luz de la Constitución.

Se hace necesario tener en cuenta en el ámbito de la interpretación que la legislación colombiana civil, en cuanto a la interpretación establece una **interpretación autentica** de la ley, la cual se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador señala en el artículo 25,¹⁴⁷ de otro lado, el legislador se refiere a una **interpretación doctrinal**, en la cual los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley y a sus hechos e intereses peculiares”.

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de 2001.

¹⁴⁷ Sobre este artículo respecto a *(con autoridad)* y *(solo)* la Corte Constitucional en Sentencia C-820 de 2006 declaró inexecutable dichas expresiones. En esta sentencia se condicionó la exequibilidad del resto del texto “en el sentido de entender que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general.”

Y establece también la **interpretación gramatical** en el artículo 27 que “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. En artículos siguientes la **interpretación sistemática** en el artículo 30 “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia armonía. Los pasajes oscuros de la ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”

La **interpretación extensiva** en artículo 31 del Código Civil establece que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.” Y como **interpretación por equidad** en el artículo 32 del Código Civil Colombiano se dispone: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”

La interpretación de la Constitución se sustenta en la aplicación de métodos de interpretación como el textualismo o literalismo en el cual se aplica a la Constitución, con elementos de Savigny (textual, lógico, histórico y sistemático) e Ihering (fines, intereses y consecuencias) entonces el juez decide el caso basado en el texto, la lógica, la historia, el sistema y el fin de la Constitución.¹⁴⁸

¹⁴⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. . Interpretación Constitucional . Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales 2002.

El Historicismo y originalismo como método de interpretación aplicado en Estados Unidos como forma de impedir la intromisión de discrecionalidad en la actividad judicial¹⁴⁹, en Colombia, la Corte Constitucional se ha venido apartando de la historia sin embargo no deja de ser reconocido como una herramienta hermenéutica¹⁵⁰.

La interpretación sistemática y finalista de la constitución han tomado más fuerza, sobrepasando los métodos textualistas e historicistas de amplia aplicación en la ley, que eran aplicados en la interpretación constitucional con el resultado de negar acciones de tutela que la Corte Constitucional podría conceder mediante interpretaciones sistemáticas o finalistas¹⁵¹. Lo anterior funda la importancia de garantizar que los jueces de instancia comprendan la interpretación sistemática y finalista de la Constitución como obligación de cumplir con el precedente constitucional.

La protección de los derechos fundamentales en el marco del Estado Social de Derecho se presenta como la obligación de interpretar los derechos fundamentales como principios que permitan la igualdad mediante la redistribución de recursos y oportunidades¹⁵².

¹⁴⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional . Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.2002.

¹⁵⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. . Interpretación Constitucional . Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales 2002.

¹⁵¹ LÓPEZ MEDINA, Diego . Eduardo. . Interpretación Constitucional. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

¹⁵² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo . Interpretación Constitucional . Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.2002.

En el desarrollo de la interpretación constitucional, la Corte ha reconocido la práctica de reglas estableciendo reglas de carácter específico, con las cuales sostiene que no se restringe la actividad legislativa ordinaria sino que consagran una obligación constitucional directa¹⁵³:

“Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos. Y eso sucede porque la regla constitucional específica es un desarrollo de principios constitucionales más genéricos.”¹⁵⁴

Y de igual forma sostiene la corte que en cuanto a la regla constitucional “exceptiva o excluyente establece, para una situación determinada, una excepción a ciertos principios constitucionales, que de no existir la excepción, gobernarían entonces esa situación”.

La Corte plantea la interpretación restrictiva, el argumento literal, y su importancia en determinados casos, y reconoce la necesidad de acudir otros argumentos hermenéuticos para optar una interpretación, como son: criterios **histórico, sistemático, teleológico, lógico y de precedentes**¹⁵⁵.

El derecho a la salud ha permitido reconocer la aplicación de interpretaciones normativas siguiendo criterios como el sistemático, el finalista, desde la Constitución, lo cual ha llevado a que a lo largo de la vigencia de la Carta Magna

¹⁵³Corte Constitucional. Sentencia C – 1260 de 2001 Magistrado Ponente Doctor RODRIGO UPRIMNY YEPES, veintinueve de noviembre de 2001.

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 1260 de 2001 Magistrado Ponente Doctor RODRIGO UPRIMNY YEPES, veintinueve de noviembre de 2001.

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 1260 de 2001 Magistrado Ponente Doctor RODRIGO UPRIMNY YEPES, veintinueve de noviembre de 2001.

de 1991, se genere un reconocimiento del precedente jurisprudencial constitucional por parte de los jueces de instancia en diferentes asuntos, en especial en materia de protección de derecho a la salud, sobrepasando los criterios historicistas o textualistas.

En la interpretación constitucional de acuerdo a la doctrina se presenta el reconocimiento de considerar que la interpretación es sistemática teniendo en cuenta que en el contexto constitucional para “poder entender correctamente un precepto es necesario relacionarlo con todos los demás del ordenamiento puesto que una norma aislada no es más que un elemento del sistema del que forma parte de tal modo, que es el ordenamiento el que hace la norma y no éstas las que componen aquél”¹⁵⁶.

Para el interprete el método sistemático se convierte en un verdadero instrumento en el ámbito de las normas constitucionales, “el argumento sistemático, para algunos junto al teleológico y el histórico, es considerado así el vehículo para que la interpretación constitucional desarrolle una de las funciones que la hacen peculiar: atribuir el significado a los enunciados de la Constitución teniendo presentes los valores políticos que expresan”.¹⁵⁷ De igual forma se resalta por parte del autor Ezquiaga que el instrumento sistemático refiere convertirse decisivo como criterio de interpretación al que debe “plegarse cualquier otro medio de atribución de significado, por el carácter supremo que en este ámbito se reconoce al principio de la sistematicidad y de coherencia de la Constitución ¹⁵⁸y, por ende, de todo el ordenamiento.”

¹⁵⁶ EZQUIAGA GANUZAS. Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia Constitucional. Biblioteca Jurídica Diké. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Humanas 2008. Pág. 122, 123.

¹⁵⁷ EZQUIAGA GANUZAS. Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia Constitucional. Biblioteca Jurídica Diké. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Humanas 2008. Pág. 176, 177.

¹⁵⁸ EZQUIAGA GANUZAS. Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia Constitucional. Biblioteca Jurídica Diké. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Humanas 2008. Pág. 177.

La interpretación sistemática en materia constitucional es aplicado por el alto Tribunal Constitucional cuando armoniza en frente a un caso concreto principios, norma de derecho positivo, marco general de la constitución sustenta la posición del intérprete. La aplicación sistemática se aplica cuando se presentan escenarios jurídicos en los cuales ante la infertilidad literal como lo señala el autor Ezquiaga¹⁵⁹ “interpretación literal no parece que nos pueda llevar mucho más allá y ello hace necesario una interpretación lógica y sistemática”

En el ejercicio de interpretación adquiere especial importancia el papel “auxiliar” de la jurisprudencia despliega una dependencia de los textos legales positivos, en este entendido las sentencias judiciales tan solo aclaran o complementan, en los pocos casos en que ello es necesario, las insuficiencias del generalmente certero y preciso Derecho legislado,¹⁶⁰ la jurisprudencia clarifica las normas que se derivan de los enunciados legales y sus interpretaciones son vistas como emanaciones directas de la ley, por lo que se trata apenas de una fuente “auxiliar”, es así como en el contexto actual en la recepción de diferentes teorías del derecho, se ha admitido “que los jueces tienen espacios más amplios de discrecionalidad ante los textos de la norma (Hart) y que el Derecho, con frecuencia entra en complejos choques de ponderación, donde la labor judicial no es meramente exegética o gramatical (Dworkin, Alexy) “¹⁶¹.

Con todos estos elementos la jurisprudencia precisa una “fuerza normativa” autónoma que vincula a los jueces en el fallo de nuevos casos, introduce

¹⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 187.

¹⁶⁰ Sostiene esta posición el Doctor Diego López Medina, argumentando en contra de la posición Dr. Tamayo en artículo “Igualdad y Precedente: el argumento contra Tamayo”. Periódico *Ámbito Jurídico* Año XIV. N.323. 13 al 26 de Junio de 2011. Legis. Pág. 12.

¹⁶¹ Sostiene esta posición el Doctor Diego López Medina, argumentando en contra de la posición Dr. Tamayo en artículo “Igualdad y Precedente: el argumento contra Tamayo”. Periódico *Ámbito Jurídico* Año XIV. N.323. 13 al 26 de Junio de 2011. Legis. Pág. 12.

condiciones y normas distinguibles del sustrato positivo de la decisión para poder decidir los casos en el derecho contemporáneo.¹⁶²

El reconocimiento del desarrollo de la jurisprudencia a construido en Colombia el “Derecho Jurisprudencial”, lo que ha conllevado un cambio profundo en el nivel de la cultura jurídica, sustentado en algunos puntos que destaca el López Medina: (i) existe una verdadera explosión de estudios que buscan determinar las líneas jurisprudenciales en un tema determinado, (ii) se acepta ahora sin mayor controversia que tales líneas jurisprudenciales tienen un cierto valor autónomo frente a las normas positivas subyacentes a los casos que se debaten y este valor autónomo es estudiado y usado por estudiantes y litigantes de Derecho y (iii) los jueces, en sus fallos, dedican ahora esfuerzos importantes a la reconstrucción de los precedentes en sus argumentos jurídicos de fondo.¹⁶³

El marco del ejercicio de la Corte Constitucional ha permitido a través de los pronunciamientos sobre determinados aspectos de los derechos evidentemente la construcción del precedente, lo cual ha en armonía con el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 que señala “Los jueces, es sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”¹⁶⁴ Sobre el artículo 230 de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado sobre el imperio de la “ley” que debe entenderse en un sentido más

¹⁶² Precisa el Doctor Diego López Medina sustentando su posición en el artículo “Igualdad y Precedente: el argumento contra Tamayo”. Periódico Ámbito Jurídico Año XIV. N.323. 13 al 26 de Junio de 2011.Legis. Pág. 12.

¹⁶³ Sostiene esta posición el Doctor Diego López Medina, argumentando en contra de la posición Dr. Tamayo en artículo “Igualdad y Precedente: el argumento contra Tamayo”. Periódico Ámbito Jurídico Año XIV. N.323. 13 al 26 de Junio de 2011.Legis. Pág. 14

¹⁶⁴ Constitución Política de Colombia 1991.Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

amplio, coextendido al “Derecho”, donde cabe preferentemente la Constitución como primer componente del mismo”¹⁶⁵

En el ámbito de la interpretación, según Diego López Medina, el método interpretativo de dos pasos que prevalece entre los jueces, litigantes y teóricos positivistas del derecho (la regla “ del significado natural, obvio o evidente” según la cual el intérprete debe seguir el significado evidente del texto legal excepto cuando el texto interpretado produzca un resultado absurdo sin sentido, o cuando el texto aparezca ser el producto de un error del amanuense) es posible ya que la teoría común de las cortes ha sido construida a partir de la noción del significado natural; pues lo que interesa es el mensaje que se busca comunicar interpretado según intención o propósito, lo cual depende no solamente del texto sino también de los elementos pragmático- contextuales del significado. “¹⁶⁶

Los jueces constitucionales desde su órbita de interpretación en materia de derechos sociales, incluido el derecho a la salud, los tribunales constitucionales garantizan la exigibilidad de los derechos sociales mínimos que se deducen del orden constitucional, que efectivamente se han concretado y ha tenido una mayor influencia en Colombia con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con el establecimiento de la acción de tutela, lo cual ha permitido que el derecho permee al derecho positivo en muchos aspectos pero evidentemente se han generado modificaciones que se han dado bajo un proceso de “constitucionalización del derecho”¹⁶⁷, diferentes derechos, pero en especial el derecho a la salud, ha sido objeto de una gran e importante reconfiguración en el

¹⁶⁵ Sostiene esta posición el Doctor Diego López Medina, argumentando en contra de la posición Dr. Tamayo en artículo “Igualdad y Precedente: el argumento contra Tamayo”. Periódico Ámbito Jurídico Año XIV. N.323. 13 al 26 de Junio de 2011. Legis. Pág. 12.

¹⁶⁶ López Medina. Diego Eduardo. La Letra y el Espíritu de la Ley. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones UNIANDES

¹⁶⁷ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 7.

marco de un sistema positivo y formalista del derecho colombiano¹⁶⁸, en este entendido la acción de tutela ha permitido que el derecho constitucional, se haya acercado a los ciudadanos, a la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad frente a un determinado derecho, permitiendo que en casos concretos se reconozca y se materialice el verdadero derecho y por ende el verdadero derecho de la gente.¹⁶⁹

El profesor Quinche Ramírez define la tutela como una acción constitucional de carácter judicial cuyo objetivo central “es el de proteger de modo inmediato los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz... (...) “la protección judicial consiste en una orden, siendo esta tan importante, que de poco o nada sirve obtener un amparo judicial, si o se logra la emisión¹⁷⁰ de una orden eficaz, que permita materializar la protección obtenida”.

En el marco de interpretación que ha desarrollado el ejercicio de la acción de tutela en Colombia, hace necesario tener presente algunas características de la acción de tutela, que fueron precisadas¹⁷¹ como:

El acceso a la justicia, la concreción, realidad, Un juez poderoso; en este especial esta característica el juez constitucional mediante órdenes, exhortos, llamados a prevención y otros mecanismos, desplegar una actividad directa en defensa de los derechos fundamentales, “... el mecanismo de operación central en acción de tutela es la orden, que materializa el amparo concedido”, otras

¹⁶⁸ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 7.

¹⁶⁹ Comenta el Profesor Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 8.

¹⁷⁰ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 8.

¹⁷¹ CEPEDA, Manuel José. Introducción a la Constitución de 1991. Presidencia de la República, Bogotá, 1993, páginas 72 a 76, citado por Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 11, 12.

características son la inversión de las reglas de procedimiento, en el sentido que la tutela intenta superar las mediaciones que han impedido la realización del derecho¹⁷². La acción de tutela cuenta con un trámite preferencial, en la medida que establece diez días para el fallo so pena de sanción disciplinaria para el funcionario que no lo cumpla, elemento que definitivamente se constituye en una verdadera protección a los derechos fundamentales. Otra característica es la informalidad de la tutela, dicha característica es reconocida por el artículo 14 de 2591 de 1991.¹⁷³ Por último, la característica de hacer del Derecho Constitucional derecho común, lo que implica que la acción de tutela es el instrumento de uso directo del ciudadano, materializando el derecho en casos reales, reconociendo el derecho común.¹⁷⁴

El gran cúmulo de diferentes pronunciamientos ha llevado a que se concrete una articulación de los diferentes fallos de tutela a través de las sentencias “T” y las sentencias de unificación sentencias “SU”, permitiendo entrar a consolidar su funcionamiento a través del reconocimiento de reglas articuladas en diferentes líneas jurisprudenciales que se constituyen en fuente formal de derecho,¹⁷⁵ que configura un aporte fundamental a la interpretación y aplicación del derecho, sobre lo cual, se destaca que “ la jurisprudencia se encarga de fundamentar y concretar dichas normas que reciben denominación de normas adscritas, porque se adscriben a las disposiciones existentes en las normas jurídicas”. En el marco del contenido normativo de la jurisprudencia, la Corte Constitucional se sirve del concepto de ratio decidendi, la cual consiste en “aquellas razones de la parte

¹⁷² El decreto 2591 de 1991 en el artículo 27 establece el procedimiento de forma eficaz para garantizar que la acción de tutela, esta no culmina “hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

¹⁷³ Decreto 2591 de 1991 art. 14: “La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito “, pudiendo ser ejercida verbalmente.

¹⁷⁴ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 15.

¹⁷⁵ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág. 21.

motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico”, con lo cual se reafirma la obligatoriedad del enunciado jurisprudencial ,sostiene Quinche Ramírez¹⁷⁶.

Es importante destacar que para Carlos Bernal¹⁷⁷ citado en Quinche Ramírez, las normas contenidas en la jurisprudencia (cualquiera que sea el nombre que se le adjudique: regla adscrita, subregla, ratio decidendi, o regla jurisprudencial), vinculan a sus destinatarios en tres dimensiones:

- A todos los sujetos de derecho, es decir, a todos los agentes jurídicos del sistema y muy especialmente a los jueces de inferior jerarquía, a través del “precedente vertical”, por el que la regla jurisprudencial del superior, debe ser obedecida.
- La regla jurisprudencial obliga a la propia Corte o a las corporaciones que han emitido la sentencia que contiene la ratio decidendi, las que quedan así atadas a su propio “precedente horizontal”.
- Obliga a las altas cortes hacia el futuro, ya que tan solo podrán apartarse de su propio precedente, mediante el mecanismo del cambio legítimo de jurisprudencia.

También, en materia de conflictos de aplicación la Corte ha señalado que “en caso de que exista un conflicto en torno al alcance de una disposición constitucional entre el desarrollo normativo expedido por el Congreso y la interpretación efectuada por la Corte, prevalece la interpretación de esta última,

¹⁷⁶ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.21.

¹⁷⁷ Ibid.pag. 21.

por cuanto ella es la guardiana de la Carta, y por ende su interpretación constitucional funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano”¹⁷⁸

En este escenario, es importante destacar que la Corte Constitucional en materia de precedente en sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ha señalado que “respetar el precedente para quienes administran justicia no es una opción más dentro de nuestro sistema jurídico, sino un deber porque es a través del ejercicio de esta actividad que se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales”¹⁷⁹, lo cual sustenta la obligatoriedad del precedente horizontal, pues no es justo que en casos iguales sean resueltos de manera diferente por un mismo juez, señala Quinche Ramírez.

También se debe tener en cuenta “cualquier individuo que invoca la aplicación de sistema de fuentes formales del derecho”,¹⁸⁰ tiene que garantizársele que todos los usuarios del sistema normativo tienen derecho a la aplicación de la regla consignada en el precedente, dado que todos somos titulares del derecho a la igualdad de trato jurídico por parte de los jueces y las autoridades, pues los dos tienen el deber jurídico de solucionar los casos, de igual forma como lo ha hecho la Corte Constitucional, en tanto órgano de cierre del sistema jurídico.¹⁸¹

Es importante precisar en este entendido que el precedente judicial en su contenido y alcance se vinculado su concepto con el concepto de la ratio decidendi de los fallos, la Corte Constitucional en Sentencia T- 292 de 2006, en la

¹⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁹ Citado en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.22.

¹⁸⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, citado en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.22.

¹⁸¹ QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.22.

cual reiteró pronunciamientos de sentencias T-104 de 1993 y la SU -047 de 1999 estas dos con ponencia del magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero precisó el concepto de precedente como: “ aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.”¹⁸²

De igual forma reitera el autor que lo vinculante de un antecedente judicial es la *ratio decidendi* de la sentencia, o del grupo de sentencias, con lo cual se evidencia la relación existente entre los conceptos de *precedente* y *de ratio decidendi*.

La Corte Constitucional afirmó que “usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tienen fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencias (s) pertinentes (s).”¹⁸³

El alto tribunal Constitucional sobre el concepto de *ratio decidendi* sostuvo que “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la “formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial”,¹⁸⁴ reconociendo su importancia elevándola hasta considerarla como una fuente del derecho formal.

¹⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Citado por Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.243.

¹⁸³ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n. 25. Citado por Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.243.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n. 18. Citado por Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.243.

De acuerdo al estudio de la Institución del precedente, la Corte Constitucional ha identificado tres clases de precedentes:¹⁸⁵

a) El **precedente aplicable** que se refiere a “aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.

b) El **precedente Horizontal**, cuyo concepto está vinculado al de disciplina jurisprudencial, e implica el deber que tienen jueces y tribunales de ser consistentes con sus decisiones previas, de tal modo, que no sea posible que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez, estableciéndose como mecanismos de protección y salvaguarda del derecho a la igualdad de trato jurídico, las sentencias de reiteración, las de unificación y el mecanismo de revisión de los fallos de tutela. En sentido contrario, el juez tan solo podrá apartarse legítimamente de su propio precedente, en los casos de cambio de Constitución, cambio de legislación o cambio de jurisprudencia.

c) El **precedente vertical**, el cual implica un límite para el ejercicio de la autonomía judicial, así como el sostenimiento de los demás jueces y tribunales a la interpretación vinculante que realiza la Corte Constitucional a partir de sus sentencias. Por lo mismo, “respetar el precedente constitucional para quienes administran justicia no es una opción más dentro de nuestro complejo sistema jurídico, sino un deber, especialmente porque es a través del ejercicio de esta

¹⁸⁵ Véase en Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.243.

que se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales”.¹⁸⁶

Ahora bien, en el marco de la importancia de las decisiones de la Corte Constitucional se sustentan en argumentos interpretativos de la ley y de las disposiciones constitucionales que se desarrollan a partir de principios de valoración como son **la racionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad**. Estos criterios cumplen con dos funciones: ¹⁸⁷“de un lado con criterio orientadores mediante los cuales la Corte intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente; de otro lado, son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la Corte Constitucional”.

El concepto de Racionalidad si bien, es complejo y abstracto, la racionalidad de las sentencias, en las decisiones funciona como un criterio de valoración de la conducta humana, en las decisiones jurisprudenciales se presenta la racionalidad cuando se hace referencia a las exigencias que las sentencias y sus motivaciones deben satisfacer para que sean racionales. ¹⁸⁸ El criterio de racionalidad tiene una función orientadora y valorativa y se debe reconocer su contribución a la claridad de la argumentación en la interpretación de la Constitución.

¹⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n. 28. Citado por Quinche Ramírez. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. Pág.243.

¹⁸⁷ BERNAL PULIDO. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 61,62.

¹⁸⁸ BERNAL PULIDO. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 61,62.

El autor Bernal Pulido precisa unos conceptos y reglas que permiten estructurar el criterio de racionalidad así: ¹⁸⁹

Primer criterio: refiere a la **claridad y la consistencia conceptual**.

Sustenta su importancia en que el fundamento de las sentencias constitucionales se evidencia su racionalidad en la construcción sobre la base de argumentos claros y consistentes desde el punto de vista conceptual y lingüístico.

La claridad conceptual se refiere al significado de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional puede ser comprendido por las partes que intervienen en el proceso y por la comunicad jurídica y política. De otro lado la consistencia conceptual se dirige a la no contradicción de los argumentos provistos por la Corte Constitucional, la Corte debe atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados.

Segundo Criterio: Consistencia normativa

Sostiene que el autor Bernal Pulido que el fundamento de las sentencias constitucionales será más racional en la medida en que se funde en “argumentos que puedan justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos análogos”. ¹⁹⁰

Tercer Criterio: Saturación

¹⁸⁹ BERNAL PULIDO. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 62, 63.

¹⁹⁰ Bernal Pulido. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 64.

El fundamento de las decisiones constitucionales será más racional, que “ todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan”¹⁹¹

Cuarto Criterio: Respeto de la lógica deductiva. Las decisiones constitucionales serán más racionales en la medida en que se respeten las reglas de la lógica deductiva.¹⁹²

Quinto Criterio: Respeto de las cargas de la argumentación.

Será más racional la decisión constitucional en la medida en que cumpla con las cargas de la argumentación propias del control de constitucionalidad de las leyes ejemplo: “aquellas que se derivan de principios como el in dubio pro libértate o el de la presunción de constitucionalidad de las leyes.”

Y el **Sexto Criterio: Consistencia argumentativa y coherencia.** “el fundamento de las decisiones de constitucionalidad será tanto más racional cuanto más sea consistente y coherente desde el punto de vista argumentativo.”¹⁹³

En cuanto al **principio de Proporcionalidad** es un concepto que su utilización “contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales”.¹⁹⁴

De acuerdo al autor Bernal Pulido el principio de proporcionalidad se sustenta en subprincipios como son la idoneidad, la necesidad, siendo el primero referido a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea que

¹⁹¹ Ibíd. Pág. 64.

¹⁹² Ibíd. Pág. 64.

¹⁹³ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 64.

¹⁹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 64.

permita alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. En cuanto al subprincipio de la necesidad se evidencia como toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo.

La proporcionalidad en sentido estricto “la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido.”¹⁹⁵

El principio de proporcionalidad presupone que “una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo, o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita prima facie a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido.”¹⁹⁶

Ahora bien, en cuanto al **criterio de Razonabilidad**; una decisión es razonable teniendo en cuenta: ¹⁹⁷1. Si representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto, 2, si ella es admisible por la comunidad, entendida como un auditorio ideal. Estos dos criterios se implican recíprocamente, porque una decisión será tanto más compartida por la comunidad cuanto mejor sea el equilibrio de las exigencias contrapuestas en el caso concreto.

¹⁹⁵ *Ibíd.* 67.

¹⁹⁶ BERNAL PULIDO. Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 67.

¹⁹⁷ Establece estos criterios Bernal Pulido. Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 69.

Otro concepto de razonabilidad, más restringido una decisión es razonable cuando no es arbitraria, cuando está fundada en una razón jurídica legítima. Señala Bernal Pulido. También se concreta la razonabilidad cuando el Tribunal Constitucional desarrolla el juicio de igualdad.

Finalmente, en el ámbito de la interpretación de la Constitución los principios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad tienen funciones de complementariedad y en Colombia en cuanto al principio de proporcionalidad la Corte ha dicho “el principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración”.¹⁹⁸

Es de tener en cuenta que la Corte Constitucional se refiere a la proporcionalidad como en sentencia T- 422 de 1992 señalando que “el juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido”¹⁹⁹

En este sentido la sentencia C- 022 de 1996 se refiere al principio de la **proporcionalidad**, en la cual la Corte cita la jurisprudencia alemana así: “el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales : la adecuación

¹⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada Bernal Pulido. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 75.

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada Bernal Pulido. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 76.

de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”²⁰⁰

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T- 230 de 1994 sostiene que la **racionalidad** se refiere a la “eficacia de la relación entre el medio normativo y el fin o valor constitucional.”

En cuanto al principio de razonabilidad en Colombia se ha desarrollado a través del test de razonabilidad para la aplicación del principio de igualdad y se encuentra sustentado a partir de la Sentencia C-022 de 1996, que señala que la jurisprudencia colombiana ha delineado dos tendencias a cerca del test de igualdad: “ una que tiene como base la jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad, y otra se basa en la jurisprudencia norteamericana sobre el test de igualdad compuesto por tres escrutinios. “²⁰¹

La Ponderación

Otro concepto que es muy importante asociado a los criterios de los principios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad es la **Ponderación**.

²⁰⁰ Corte Constitucional .Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Citado en Bernal Pulido. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 76.

²⁰¹ Corte Constitucional .Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Citado en Bernal Pulido. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 76.

El reconocimiento de la existencia de los principios implica el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación.²⁰²

En ese orden de ideas, los principios son normas “pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.”²⁰³

Bernal Pulido, señala que la palabra ponderación viene de la locución **pondus** que significa peso, lo cual es muy significativo para el juez, porque cuando pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Sobre esta importancia Ronald Dworkin señaló que los “principios están dotados de una propiedad que las reglas no conoce: el peso.”²⁰⁴

En el ejercicio de interpretación, los principios tienen un peso en cada concreto, y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión, sostiene Bernal Pulido.

La ponderación es la actividad de sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y el operador elige el principio que permita la solución para el caso.

²⁰² Bernal Pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 76.

²⁰³ *Ibíd.* 96.

²⁰⁴ Citado en Bernal Pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 76.

Entonces, la ponderación se ha reconocido como un criterio metodológico, de carácter indispensable en el ejercicio de la función jurisdiccional como es el caso de la Corte Constitucional que se encarga de aplicación de normas como lo son los derechos fundamentales que tienen estructura de principios.²⁰⁵

Reiterando en la identificación de la ponderación, Bernal Pulido señala que la “ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”²⁰⁶

Según la ley de la ponderación refiere que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de a satisfacción del otro” que señala Bernal Pulido.

²⁰⁵ Bernal Pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 97.

²⁰⁶ *Ibíd.* Pág. 97.

3. INTERPRETACIÓN APLICADA POR LOS JUECES DE BUCARAMANGA EN SEDE DE TUTELA

En este capítulo se estudiará desde la hermenéutica los criterios de interpretación aplicados por los Jueces de Bucaramanga en sede de tutela, en materia de protección del derecho a la salud de los usuarios atendidos por los estudiantes de Consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander durante el año 2010.

Es preciso señalar que en el marco del desarrollo de actividad del consultorio Jurídico de la UIS, como Unidad de servicio jurídico a la comunidad de los estratos uno, dos y tres de población vulnerable de Bucaramanga y su área metropolitana se instauran acciones de tutela, en mayor número respecto al derecho a la salud, siendo el tema de estudio del presente trabajo.

Vale destacar como a través del Consultorio Jurídico, el legislador en el artículo 229 de la Constitución Política garantiza y legitima a rango constitucional el acceso a la administración de justicia a toda persona. El desarrollo del Decreto 196 de 1971 y la ley 583 de 2000 se materializa el acceso a la administración de justicia se articula con el logro de la función social del derecho que es inherente a la profesión de abogado, y que implica responsabilidades constitucionales art. 95 a toda persona Colombiana²⁰⁷, y como deber de la persona y del ciudadano en el n. 7 art. 95: “Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”

La concreción del derecho del acceso a la administración de justicia se garantiza el debido proceso como derecho fundamental que se debe garantizar en toda

²⁰⁷ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009

clase de actuaciones judiciales y administrativas²⁰⁸ a los ciudadanos de escasos recursos económicos.

El Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra sostiene que los Consultorios *Jurídicos* son “dependencias de las facultades de jurisprudencia, permiten que los ciudadanos de escasos recursos económicos puedan acceder a la administración de justicia, y al cumplirse el cometido constitucional anterior, se les está garantizado que las actuaciones procesales que se adelanten en su contra, estén amparadas con un debido proceso, dando cumplimiento a lo establecido por los artículos 29 y 229 de la Constitución Política”²⁰⁹

Es de señalar que el legislador desde la regulación legal de los Consultorios Jurídicos permite crear puentes legales, válidos que concretan la protección especial que el Estado garantiza “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta...” como derecho fundamental, art. 13²¹⁰.

El Consultorio Jurídico de la Universidad Industrial de Santander cuenta con una organización interna que permite concretar el acceso a la administración de justicia a la población de escasos recursos económicos de Bucaramanga y su área metropolitana. Por mandato legal los consultorios Jurídicos de la Universidades se encargan de proveer los medios necesarios para que estudiantes de los dos (2) últimos años lectivos de la carrera de Derecho actúan como abogados de pobres²¹¹ adscritos a las facultades de Derecho, desarrollan su

²⁰⁸ Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, de Los Derechos Fundamentales el Debido proceso.

²⁰⁹ Intervención del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el marco de la demanda de Inconstitucionalidad (parcial) del art. 1 de la Ley 583 de 2000 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo Sentencia N. 143 de 2001 de Febrero 7 de 2001.

²¹⁰ Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009

²¹¹ Véase art. 1 ley 583 de 2000 de Junio 12, por medio de la cual se modifica el artículo 30 y 39 del Decreto 196 de 1971.

práctica litigando en causa ajena en asuntos de las áreas del derecho en materia Penal , Laboral, Civil y Público determinados en el artículo 1 de la ley 583 de 2000, ejercicio que se realiza bajo la supervisión de abogados - docentes especializados en la materias de las áreas del Derecho referidas.

Es importante tener en cuenta que en los volúmenes de atención del año 2010 el consultorio Jurídico atendió un total de 3687 usuarios que obtuvieron el acceso a la justicia teniendo en cuenta las competencias que la ley establece en las áreas del derecho Laboral, Público, Penal y Privado.

En especial en el área del Derecho Público se destaca a atención a los usuarios que solicitan protección del derecho a la salud, que teniendo en cuenta que reciben negativa por parte de las Empresas Promotoras de Salud, en los regímenes contributivo o subsidiado, en cuanto a diferentes requerimientos en el marco de la prestación del servicio y de las obligaciones que la ley y los decretos reglamentarios establecen. Indudablemente el derecho más sensible, más vulnerable es el derecho a la salud en aspectos de negación de medicamentos, procedimientos, tratamientos, cobro de pagos, copagos que afectan de forma directa la vida del accionante.

En el año 2010 el consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander tramitó 363 (trescientas sesenta y tres) tutelas y en materia de protección del derecho a la salud se tramitaron 240. Estas acciones de tutela fueron conocidas por los jueces de Bucaramanga en las jurisdicciones Penal, Civil, Administrativo, Familia.

En este contexto, teniendo en cuenta los escenarios abordados en los capítulos que anteceden se observa sobre los diferentes pronunciamientos de los jueces de instancia en sede de tutela de acuerdo a los diferentes despachos de conocimiento especialmente en materia de protección del derecho a la salud se

evidencia como si efectivamente los jueces de conocimiento conceden el amparo al derecho pero se puede revisar en los fallos estructuras en cada uno de los despachos, en los que se encuentra que algunos despachos como los Juzgado Administrativos conservan una estructura organizada de análisis partiendo de los hechos que presenta el tutelante, las pretensiones que sustentan la acción, un estudio de la pertinencia de la acción de tutela, identificación del problema jurídico y confrontación de las pruebas allegadas por el accionante, pero para efectos de analizar la motivación del fallo se evidencia que el Juez de conocimiento reconoce la existencia de una línea jurisprudencial, en materia de derecho a la salud e invoca como precedente diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de salud. Los argumentos que sustentan la decisión favorable de la acción se construye sobre unos elementos de tesis argumentativa del accionante, de la entidad accionada y en especial en cuento a la tesis argumentativa del Juzgado realiza un estudio del derecho a la salud y reconoce expresamente la sentencia T- 760 de 2008 en su aporte y la línea que fundó. Hace un análisis de evolución de algunos pronunciamientos que han desarrollado un precedente sobre este derecho, lo cual es reconocido por el Despacho aunado a la responsabilidad de prestación del servicio de salud, fundado en sentencia C-1040 de noviembre de 2003 y leyes y decretos que regulan la materia.

En los fallos revisados se evidencia una estructura de interpretación basada en la aplicación y reconocimiento del precedente constitucional y reconociendo la línea que la Corte Constitucional ha establecido frente al derecho a la salud, son citadas diferentes sentencias de la Corte Constitucional desde el año 1992.

Se observa en los Despachos penales que su estructura de análisis de la acción de tutela refiere a los hechos, pretensiones, pruebas, derechos vulnerados (derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la seguridad social) y en cuanto a los argumentos en los cuales sustenta en algunos pronunciamientos constitucionales del año 1998 y cita algunos pronunciamientos de forma

incompleta reconoce el derecho y ordena a la EPS la entrega de los procedimientos sin mayor profundidad argumentativa. No refiere de forma expresa al precedente.

El razonamiento judicial el argumento formado por la premisa normativa y la premisa fáctica y cuya conclusión es el contenido del acto de la decisión judicial se deberían agregar los distintos argumentos con los que se justifica la adopción de las premisas que se utilizan en el razonamiento, y ese conjunto de argumentos enlazados de esa manera son llamados argumentación.²¹²

Se advierte como algunos despachos de instancia pese a que los fallos analizados fueron proferidos en el año 2010, y la sentencia T- 760 de julio de 2008 fue proferida como una sentencia de línea con todos los elementos que desarrollan el derecho a la salud como fundamental en el marco de diferentes órdenes al gobierno, a las Entidades entre otros, aún los Despacho judiciales no la referencia y aun siguen argumentando sus fallos en sentencias que datan de años antes del 2000.

Los fallos revisados se ocupan de proteger el derecho a la salud, en el marco del suministro de procedimientos que el accionante requiere para garantizar su vida, y se observa como las EPSS niega la orden para la práctica de procedimientos y tratamientos médicos basados en el tema presupuestal. Se observa la gran brecha de desigualdad entre la población más vulnerable que definitivamente no cuenta con los medios económicos para solventar gastos de su salud.

²¹² BONORINO. Pablo Raúl y Peña Ayazo Jairo Iván. Argumentación Judicial. La Sentencia Judicial. Estructura argumentativa Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2003.

La negligencia administrativa por parte de las EPS y EPSS conllevan a la negación de la prestación del servicio, sin sustento lógico por parte de las Entidades pues basan sus respuestas “en que el tratamiento no forma parte del POS”, sustenta dilaciones o en algunos se observa como las entidades accionadas no responden al Despacho de conocimiento de la acción de tutela.

En la práctica, se ha observado que en los fallos proferidos por los jueces de instancia en sede de tutela protegen los derechos vulnerados, existen diferentes posturas en la estructura que aplican los despachos judiciales en el ejercicio, existe una coherencia entre las pretensiones, consideraciones y el fallo proferido y no se evidencia la aplicación de criterios de interpretación por parte del operador judicial, se detectan vacíos en los fallos, no se resuelve de fondo las pretensiones del accionante, y en otros casos no existe claridad en el pronunciamiento cuando no ordena de forma completa la práctica del procedimiento.

La tutela es una acción inmediata, con carácter preferente que puede ser presentada personalmente o por medio de representante ante cualquier Juez, toda vez que se evidencia la urgencia de resolver el amparo con antelación a cualquier otro trámite de conocimiento del operador judicial. Se pretende que el Juez se pronuncie ordenando el cese de la situación de vulneración de los derechos del ciudadano, y es evidente a través de la orden perentoria de la medida provisional que el Juez emite a las entidad (s) accionadas. En el marco del reconocimiento de los derechos fundamentales.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y los decretos N° 2591 de 1991 (art. 1º) y N° 1382 de 2000 establece que la tutela procede cuando los derechos fundamentales “*resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”. La Corte constitucional en Sentencia No. C-543 proferida por la Sala Plena el 1º de octubre de 1992, “la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas

por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección que haga efectivos los mandatos constitucionales en defensa de la persona.

‘(...)

La Corte Constitucional respecto del artículo 86 en Sentencia C- 543 DE 1992 señaló *“no cabe duda de que los jueces tienen esa claridad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado”*.

En este panorama los jueces de instancia los civiles , penales, municipales, del circuito y los Despachos administrativos evidencia, que la aplicación de la norma y de los fallos del alto Tribunal Constitucional Colombiano, desarrollada en los casos concretos mediante acción de tutela tan sólo se puede evidenciar la aplicación del precedente, y en ese orden de ideas se puede predicar la existencia de una interpretación que se funda en elementos normativos, obviamente se refiere expresamente a los hechos, los confronta con las pretensiones e invoca en algunos casos el precedente, el preámbulo de la Constitución, no se observa un precedente debidamente reconocido de forma ordenada, lo cual se puede evidenciar en los ejemplos anexos.

Se observa por parte de los operadores judiciales una alta preocupación por la protección de los derechos constitucionales de forma inmediata como son la salud, seguridad social, la vida entre otros.

En la revisión de algunos fallos de tutela en materia de salud, sobre tratamientos que fueron solicitados y negados por las EPS y EPSS, en los cuales se contrasta fallos de tutela en salud en referencia a la negación al tratamiento que requiere el tutelante, si bien, se concede por parte del Juez de conocimiento, en el marco del régimen contributivo y subsidiado. Las motivaciones que sustentan las decisiones

invocan diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, algunas leyes y decretos específicos que regulan la salud en Colombia.

En el esfuerzo interpretativo de los jueces, se observan algunas estructuras más organizadas que pretenden desarrollarse para efecto de análisis de los casos, como el caso de los Jueces Administrativos se evidencia un ejercicio de interpretación, se plantean tesis argumentativas que construyen en su discurrir el resuelve del fallo.

De otro lado se observa en los jueces civiles municipales sustentan sus decisiones en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en el marco de garantizar la protección a los derechos fundamentales como una obligación del Estado. El Despacho reconoce que se debe garantizar la calidad de vida, la protección integral pero se advierte que no se invoca la sentencia 760 de 2008.

Los jueces de familia en su desarrollo reconocen la importancia del precedente que refiere la sentencia 760 de 2008 De la Corte Constitucional “erigiendo tal pronunciamiento en precedente constitucional de imperiosa aplicación “señala el Juez de tutela.²¹³

En los ejemplos de estudio se puede apreciar los sustentos de las motivaciones de las decisiones. (Ver anexos).

Bucaramanga. Juzgado Primero de Familia. Fallo de tutela radicado 2010- 00566-0 de septiembre 22 de 2010.

En la identificación de la problemática hermenéutica abordada por los operadores jurídicos en el trámite de las acciones de tutela se precisa que existe una aproximación por parte del fallador en el intento de estructurar los lineamientos argumentativos al momento de fallar el caso en concreto. Se reconoce la existencia del precedente, el bloque de constitucionalidad pero no se permite determinar una aplicación sólida de las figuras al momento de fallar. Es decir, no hay claridad en el precedente y como consecuencia no se apropia el funcionamiento de la misma. La interpretación de los jueces en sede de tutela aun se evidencia un esquema básico para efecto de aplicación y decisión sin mayor argumentación.

4. CONCLUSIONES

En el marco del ejercicio del presente trabajo, se destaca a manera de conclusión que la interpretación en el derecho y en especial en materia de derechos fundamentales es relevante el desarrollo alcanzado desde el Tribunal Constitucional en esta materia, el gran aporte de la jurisprudencia concretado en el precedente constitucional ha permitido la dinámica del derecho en casos individuales que a través de la tutela trascendieron la frontera de la rigidez del derecho positivo.

La implementación de nuevas corrientes del derecho, la aplicación de los criterios de valoración como son la racionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad en el ejercicio interpretativo de orden sistemático de la Corte Constitucional ha permeado la carta Constitucional de Colombia a todas las esferas del derecho, en especial en materia de derechos fundamentales, convirtiéndose en la herramienta eficaz para el respeto y la materialización de los derechos fundamentales en especial los individuales, como sucede en con el derecho a la salud. Sin embargo, se observa que los jueces de tutela de Bucaramanga, no aplican un ejercicio de interpretación que permita sustentar sus decisiones en materia del derecho a la salud.

El orden justo en la sociedad como principio fundamental de la Carta Política ha sido el ancla para el desarrollo y el reconocimiento de los derechos individuales que a través la Corte Constitucional se ha logrado a través de los veinte años de vigencia un avance significativo en materia de derechos fundamentales y en especial en el desarrollo del derecho a la salud que de forma trascendental a partir de los diferentes pronunciamientos se consolidara la salud como un derecho fundamental y además se unificara todas las facetas que conforman el derecho articulado a toda la carga de obligación a cargo del Estado para garantizar la eficaz prestación del derecho.

Es de reflexionar sobre los volúmenes de acciones de tutela que se tramitan por el derecho a la salud, siendo válido hacernos la pregunta ¿qué pasa con aquellos ciudadanos que no conocen de la existencia legal de la acción de tutela para buscar la protección de su derecho a la salud? Como respuesta a la pregunta planteada sería necesario que el Gobierno Nacional ponga en marcha todos los lineamientos dados por la Corte Constitucional en la Sentencia T- 760 de 2008, está en mora de responder al exhorto constitucional en esta materia. Son suficientes? En este entendido, la Corte Constitucional ha hecho seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008 mediante la audiencia Pública de rendición de cuentas a las órdenes 16 (adopción de medidas necesarias para superar fallas de regulación), 17 (actualización integral del Plan Obligatorio de Salud), 18 (periodicidad en la actualización), 21 (unificación de planes de beneficios para niñas y niños de regímenes contributivo y subsidiado) y 22 (adopción de programa y cronograma para unificación de los planes de beneficios de regímenes contributivo y subsidiado)²¹⁴.

En este entendido es de señalar que el Gobierno Nacional, dando alcance a la orden 22 en cita, manifestó que se unifica el POS de los regímenes contributivo y subsidiado en el año de 2011 para personas mayores de sesenta años y para el año 2013 todos los colombianos tendrán el mismo Plan Obligatorio de Salud (POS), sin diferencia de régimen. El 66% referido a los pacientes de 60 años en adelante cuenta con el mismo plan de beneficios sin importar su condición social.

²¹⁴ Auto 111/11 Referencia: sentencia T-760 de 2008. veintisiete (27) de mayo de dos mil once (2011). M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Manifestó el Presidente Juan Manuel Santos Calderón que “El próximo año unificaremos el POS de los colombianos entre 18 y 44 años y para el 2013 ingresará el resto de la población -entre los 45 y 59 años-, de manera que habremos cumplido con la unificación universal”²¹⁵.

También se actualizará el POS, sobre lo cual señaló el Mandatario que: “tratamientos vitales para tantos colombianos que hoy no tienen acceso a ellos por falta de plata, o que deben acudir a tutelas para que les reconozcan su legítimo derecho, o que, en el mejor de los casos, tienen que pagar de su propio bolsillo”. La reforma se presentará en diciembre y estará en marcha en enero próximo.

En cuanto a la sostenibilidad del sistema el Presidente Santos señaló está asegurada hasta el 2020, a razón de 2 billones de pesos anuales, de los cuales 1,3 billones saldrán del Presupuesto General de la Nación.²¹⁶

Sin embargo, siendo obligación del Estado proteger a todos los residentes de Colombia en su vida honra y bienes, y prestar los servicios básicos para hacer efectivos nuestros derechos, vemos como la población vulnerable debe solicitar la protección de su derecho a la salud a través del mecanismo de tutela, dado que a la existencia normativa y jurisprudencial se encuentra que aún es insuficiente, pues en el marco del volumen de acciones de tutela, solamente a través el Consultorio Jurídico de la UIS se evidencia que la desigualdad social es latente, la brecha de desigualdad sigue siendo de gran tamaño y que la violación al derecho fundamental a la salud se sigue materializando por parte de las diferentes

²¹⁵ Artículo: Unificación del POS para mayores de 60 beneficia a 2,3 millones”. Periódico EL TIEMPO. 1 de Noviembre de 2011.

²¹⁶ Ibid.

Entidades Promotoras de Salud que de forma expresa lo siguen haciendo con la población vulnerable de Bucaramanga y su área metropolitana.

En todo caso a través de este trabajo se puede concluir también que los esfuerzos del legislador dirigidos a garantizar la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política sigue a la orden del día, y es absolutamente importante destacar como la constitucionalización del derecho actual colombiano, ha generado dinamismo al derecho a la salud en el marco del vigencia de la Carta Política de 1991.

Se determina como los Jueces de Tutela de Bucaramanga, como es el caso de los jueces Administrativos para sustentar sus decisiones invocan la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha desarrollado en materia del derecho a la salud, considerando algunos elementos de orden normativo y reconociendo directamente la categoría actual del derecho a la salud como derecho fundamental, sin embargo existen otro Jueces como los Penales municipales que se limitan a reconocer los derechos y por conexidad reconocen el derecho a la salud, invocando algunas sentencias de la Corte Constitucional pero anteriores a la Sentencia T- 760 de 2008.

En este orden de ideas, se deja claro que las motivaciones de los fallos de tutela se limitan al reconocimiento del derecho, concretándose en una orden perentoria a la Entidad tutelada con las advertencias correspondientes en caso de incumplimiento por parte de esta.

De otro lado, es imperiosa la necesidad de fortalecer por parte de los jueces de instancia en sede de tutela la correcta aplicación de la argumentación jurídica, valorar la aplicación del derecho con fundamento en el reconocimiento argumentativo, superar la aplicación mecánica del derecho, anclar el reconocimiento de los derechos fundamentales a una aplicación juiciosa de

interpretación que desarrolle la hermenéutica jurídica que permita consolidar una línea de desarrollo en los jueces locales.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

ARANGO Rodolfo. El Concepto de derechos sociales fundamentales, Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición 2005, LEGIS página 37.

ARENAS. Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana de 1991. Bogotá, Colombia: Temis.1993.

ATIENZA. Manuel. Derecho y Argumentación. Universidad Externado de Colombia. Serie teoría jurídica y Filosofía del derecho. N. 6. 1997.

AUSTIN. J. L. Cómo hacer cosas con palabras. 1955. Edición electrónica de www.philosophia.cl/Escuela Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

BERNAL PULIDO. Carlos. El Derecho de los Derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. 2005.

BOTERO BERNAL. Andrés. Ensayo sobre la crisis de la Razón jurídica: (Formalismo versus principios y /o valores) en Revista Opinión Jurídica, volumen 5, N. 9 – ISSN 1692-2530-Medellín, Colombia. Enero – Junio de 2006.

CAÑON ORTEGON. Leonardo. Una Visión Integral de la Seguridad Social. Universidad Externado de Colombia. Volumen 1. 2 edición actualizada.2007.

CARRILLO DE LA ROSA. Yesid. Teorías de la Argumentación y del Razonamiento Jurídico. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2009.

CEPEDA. Manuel José. Teoría constitucional y Políticas Públicas. Bases para críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia: Primera Edición 2007 Bogotá.

DEAÑO Alfredo. Intriducción a la lógica formal . Alianza Editorial, 10 reimpresión.1993.Madrid.

DUEÑAS RUIZ., O. J. . Lecciones de Hermenéutica Jurídica. 2005. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

EZQUIAGA GANUZAS. Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia Constitucional. Biblioteca Jurídica Diké. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Humanas.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Hermenéutica, filosofía y derecho. Universidad de León. Editoriales Tecnos. Madrid. 1997.

GARCIA AMADO. Juan Antonio. El Estado como Integración. Una Controversia de Principio Hans Kelsen. Estudio preliminar y traducción. Editoriales Tecnos. Madrid. 1997.

GARZON VALDES. Ernesto. Cátedra. Robert Alexy. Teoría del Discurso y derechos constitucionales. Distribuciones Fontamara. 2005.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho 11 edición. R. J. Vernengo, Traducción México: Editorial Porrúa. A.V. República Argentina. 2002.

LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política:

¿Qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el derecho colombiano? Consultado en <http://derecho.uniandes.edu.co>

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. La letra y el Espiritu de la ley. Bogotá, Colombia: Temis. Ediciones UNIANDES. 2008.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla,

Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2002.

LOPEZ MEDINA. Diego Eduardo. Artículo "Igualdad y Precedente: el argumento contra Tamayo". Periódico Ámbito Jurídico Año XIV. N.323. 13 al 26 de Junio de 2011. Legis. Pág. 12.

MARTÍNEZ CABALLERO Alejandro. Interpretación de la Constitución. Control Constitucional. Revista de Derecho Público N.26 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. Junio 2011. ISSN 1909-7794.

QUINCHE RAMÍREZ. Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra providencias Judiciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010.

SIERRA PORTO, Humberto. A. Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1998

SIMONE Raffaele. Fundamentos de Lingüística, versión española de Rodríguez Reina María del Pilar .Editorial Ariel. Segunda edición. 2001.

NORMAS.

Constitución Política de Colombia 1991. Legis Editores S.A. Primera Edición Octubre 2009.

Decreto 2591 de 1991 de noviembre 19 Expedido por el Departamento administrativo de la Presidencia de la República de Colombia, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Ley 789 de 2002 de Diciembre 27, por el cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

Ley 1395 de 2010 expedida por el Congreso de Colombia por la cual se adoptan medidas de descongestión judicial.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia T -571 de 2007, citada dentro de la Sentencia T -268 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional .Sala Tercera de Revisión, Sentencia T – 292 de 2006 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, pronunciamiento en la cual la Corte señala la Ratio Decidendi de Sentencias de Constitucionalidad y de Tutela.

Corte Constitucional. Sentencia SU- 225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T- 406, Junio 5 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto nueve de 2001

Corte Constitucional. Sentencia N. C- 295 de 1993. M.P .Carlos Gaviria Díaz. Tema: Cosa Juzgada Constitucional, en ejercicio de acción público de inconstitucionalidad, se solicita se declare inexecutable algunos apartes de los artículos 1, 2 y 7 de la ley 9 de 1989 (ley de reforma Urbana).

Corte Constitucional Sentencia 760 de 31 de julio de 2008. M.P. DR. Manuel José Cepeda Espinosa. Derecho a la Salud - es un Derecho Fundamental.

Corte Constitucional Sentencia T -380 de 17 de mayo de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia N. T- 008 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencia que refiere a los Derechos fundamentales, derechos de familia y derechos de niño.

Corte Constitucional. Sentencia C-251 de abril 11/2002. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional Sentencia. T- 380 de 17 de mayo de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional Sentencia T-760 de 31 de Julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C- 587 noviembre 12 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón señala en cuanto a la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales.

Corte Constitucional. Sentencia C – 836 de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá Agosto 9 de dos mil uno 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C – 1260 de 2001 Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Uprimny Yepes, veintinueve de noviembre de 2001.

SENTENCIAS PROFERIDAS POR JUECES DE TUTELA DE BUCARAMANGA

Juzgado Séptimo Administrativo de Bucaramanga, Sentencia Acción de Tutela radicado. 0038 de 2010. 1 de marzo de 2010.

Juzgado Tercero de Bucaramanga. Sentencia Acción de Tutela radicado n.0129 - 2010.15 de julio de 2010.

Juzgado Tercero Penal Municipal. Sentencia Acción de Tutela radicado n. 2010 – 0052. 6 de julio de 2010.

Juzgado Sexto Penal Municipal de Bucaramanga. Sentencia de Acción de Tutela n. 2010 -2010- 00081—00. 11 de junio de 2010.

Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga. Sentencia de Acción de Tutela radicado. 2010 – 00566-0. Septiembre 22 de 2010.

Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bucaramanga. Sentencia Acción de Tutela, radicado n. 2010-0043-00. Junio 10 de 2010.

Juzgado Sexto Administrativo de Bucaramanga. Sentencia Acción de Tutela. Radicado 2010 – 000230. 1 de julio de 2010.

Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga. Sentencia Acción de Tutela. Radicado . 2010-00553-00. Septiembre 16 de 2010.

Juzgado Séptimo Penal Municipal de Bucaramanga. Sentencia Acción de Tutela radicadon. 2010- 00046-00. Abril 28 de 2010.

ANEXOS

ANEXO A.
ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS PROFERIDAS POR
JUZGADOS DE BUCARAMANGA

JUZGADO	HECHOS	PRETENSIONES	CONSIDERACIONES	ANALISIS DEL JUEZ DE TUTELA
SEPTIMO ADTVO RAD. 0038 DE 2010. FECHA: 1 Marzo de 2010.	<p>Accionante: Mujer (con agente oficioso)</p> <p>Accionada: Secretaria de Salud de departamento de Santander, Clínica y EPSS.</p> <p>Las entidades accionadas no han autorizado el procedimiento quirúrgico de reemplazo total de la rodilla derecha. Accionante se le diagnosticó osteoartritis.</p>	<p>Se solicita se tutelen los derechos invocados y consecuentemente se ordene a las entidades accionadas autorizar a favor de la accionante el procedimiento quirúrgico el cual se debe prestar de manera integral. Se solicita exoneración de cancelación de copagos.</p>	<p>El juez de tutela se refiere a la acción de tutela art. 86 C.P y decreto 2591 de 1991. Como mecanismo jurídico para la protección de derechos de carácter constitucionales fundamentales, respecto de los cuales no exista otro medio de garantía o que existiendo se trate de conjurar la consumación de una perjuicio irremediable.</p> <p>PROBLEMA JURIDICO: Los derechos a la salud y seguridad social son derecho de rango fundamental susceptibles de ser garantizados por la vía de la acción de tutela?</p> <p>Se incurre en violación de tales derechos cuando la entidad accionada estando obligada a prestar las atenciones del Régimen de Seguridad social en salud, sin justificación legal, niega los servicios</p>	<p>Reconoce el Juez Advo Que se dejo de lado la tesis de la conexidad., el derecho a la salud se considera como un derecho fundamental autónomo, susceptible de ser protegido por acción de tutela.</p> <p>Sentencia T- 760 31 de julio de 2008: La Corte reitera esta nueva línea. Analiza el detalle de la Sentencia: Reconoce el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo. T- 597 de 1993, citada en la T 760 de 2008: reconoce que la salud es “un derecho variable, susceptible de afectaciones múltiples, que indiquen en mayor o menor medida en la vida del individuo”.</p> <p>El despacho reconoce al derecho a la salud una connotación tan importante que no solo es constitucional sino que ostenta el plus de fundamental, ya no por conexidad como se consideraba antes sino autónomamente, importancia que desde luego es suficientemente comprensible si se conviene en que está</p>

	<p>La EPSS no ha agendado la práctica de la cirugía, demora que perjudica la salud de la tutelante.</p>		<p>médicos que requieren sus afiliados?</p> <p>El Juez plantea Tesis argumentativa de la parte accionante, que refiere a la posición que platea corresponde a la expresada en el libelo introductorio y por consiguiente allí se hace la remisión.</p> <p>Tesis argumentativa de la entidad accionada: posiciones que asumen las entidades accionadas</p> <p>Tesis argumentativa del Juzgado: Reconoce el desarrollo de la jurisprudencia nacional en relación con el derecho a la salud.</p> <p>Refiere que el derecho a la salud fue considerado como derecho fundamental pero por CONEXIDAD con derechos que por su naturaleza tuvieron el plus de ser fundamentales, es decir, el derecho a la salud, no era considerado como autónomo, dependía que estuviese relacionado o vinculado con un derecho fundamental por esencia; ej; con el derecho a la vida, la dignidad humana, personas especialmente protegidas etc.</p>	<p>fuertemente vinculado a otros derechos también de relevancia fundamental como lo son los derechos a la vida y la dignidad humana. Sustentado en la T. 645 de 1998.</p> <p>Que reconoce la existencia en condiciones dignas, (... la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida."</p> <p>Fijación de criterios de vida digna, según el cual el ser humano se le debe garantizar, no una vida cualquiera sino una vida saludable, de acuerdo a la T-941 de 2000.</p> <p>Reitera T-654 de 1999 no es necesario que la persona este al borde de la muerte para que se considere amenazado el derecho a la vida pues también existe amenaza cuando el titular está sometido a una existencia indigna, indeseable y dolorosa.</p> <p>No se puede escindir del concepto de vida digna, ya que funda este principio el Estado Social de Derecho art. 1 CP.</p> <p>Refiere al dolor físico y/o psicológico están ligados con el derecho a la vida digna y calidad de vida y cita: T- 654 de 1999, T- 1384 de 2000, T-494 de 2001, T- 855 de 2002.</p> <p>Con base en lo anterior concluye que se está en</p>
--	---	--	--	--

				<p>presencia de derechos constitucionales fundamentales.</p> <p>En cuanto a la prestación del servicio contenida en los art. 48y 49 C.P. la C.C. en Sentencia C-1040 de noviembre 5 de 2003: se refiere a la creación del sistema de seguridad social integral de la ley 100 de 1993 cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de la persona y de la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana a través de la protección de las contingencias que la afecten “</p> <p>Analiza el Régimen de Seguridad social al cual se accede como afiliado cotizante, afiliado beneficiario, afiliado subsidiado o como vinculado.</p> <p>Plan de atención Básica en Salud (PAB), Plan Obligatorio de Salud, (POS) ; Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POS-S), Plan de accidente de Tránsito y eventos catastróficos y Plan de atención Inicial de Urgencia.</p> <p>En cuanto al régimen subsidiado, está destinado a la prestación de servicios de salud, a la población pobre y vulnerable que sea identificada como tal por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del SISBEN.</p> <p>Plantea la “conservación del derecho” en Sentencia C- 463 de 2008 C.C.</p> <p>Ley 715 de 2001. Art. 43. N. 2.2. Los servicios médicos que no se hallen en el POS –Son prestados por las entidades públicas territoriales prestadoras de servicio de salud.</p>
--	--	--	--	--

				<p>Ley 1122 de 2007: modifica el Sistema General de Seguridad social en Salud, art. 14: Organización del Aseguramiento. Y que fue analizado su exequibilidad en Sentencia C- 463 de 2008.</p> <p>Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación de Salud, se aclaró y actualizó los POS en regimenes contributivo y subsidiado art. 61 n.3.</p> <p>Se refiere a la importancia del tratamiento integral el cual debe garantizarse como consecuencia del tratamiento de la patología y que el médico disponga.</p> <p>Exoneración de pagos: la cual procede si el paciente pertenece I nivel socioeconómico uno (1) según ley 1122 de 2007. Art. 14. Para los inscritos en el régimen subsidiado de salud que pertenecen al nivel uno de pobreza no hay lugar a A cancelar copagos.</p> <p>Decisión: el Juez de tutela concede la tutela de los derechos indicados en la demanda.</p>
--	--	--	--	--

<p>OCTAVO CIVIL MUNICIPAL</p>	<p>ACCIONANTE : Mujer (con agente oficioso) ACCIONADO: Coosalud - EPS-S</p> <p>La accionante requiere la práctica de la Ecografía en ambos ojos y ultrasonografía ocular modo A y B con contenido orbitario y transductor de 7 M, con el fin de programar cirugía en su ojo izquierdo.</p> <p>La accionada ha demora la practica aduciendo que no tienen contrato con la Entidad encargada de realizarlos.</p> <p>La demora injustificada menoscaba la</p>	<p>Se pretende que se protejan a su madre los derechos fundamentales constitucionales a la salud en conexidad con la vida, a la dignidad humana y a la integridad física.</p>	<p>El Juez de conocimiento refiere a la acción de tutela , su finalidad e importancia dentro del Estado social de Derecho constituido por la C.P, el derecho a la vida se erige como un bien jurídico supremo, digno de toda protección por parte del Estado y dentro del cual se encuentra inmerso el derecho a la vida, siendo este de la más alta y trascendente esencialidad para la existencia del hombre, dentro de los propósitos del Estado Social de Derecho sobre el cual se enmarca nuestro régimen constitucional.</p> <p>No plantea problema jurídico el Juez de tutela.</p>	<p>Parte su estudio desde el art. 10 de decreto 2591 de 1991 y para efecto de legitimación por activa en la acción de tutela se refiere al titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados.</p> <p>Art. 86 de la C.P.</p> <p>Refiere a la remisión a citas de consultas de sentencias; T. 947 de 2006, T- 798 de 2006, T- 552 de 2006, T- 492 de 2006 y T- 531 de 2002.</p> <p>En cuanto a la agencia oficiosa, destaca que el parentesco no constituye entre el agenciado y su agente un fundamento suficiente para justificar la agencia de derechos ajenos, se debe sustentar claramente el impedimento del agenciado para interponer la tutela .Sentencia T-542 de 2006 y T- 041 de 1996.</p> <p>Se discute la existencia del hecho superado toda vez que la accionada presentaba otras patologías que fueron tratadas, por tanto no estaba llamado a prosperar.</p> <p>Analiza frente a las pruebas la calidad de beneficiaria del régimen subsidiado, la necesidad de los exámenes médicos y las correspondiente autorizaciones, y en este escenario se evidencia “.</p> <p>Se evidencia la negligencia administrativa por parte de la EPSS, toda vez que no se le dio trámite a las órdenes medicas.</p>
--------------------------------------	--	---	---	--

	<p>calidad y limita la recuperación de la visión, se trata de una enfermedad degenerativa con carácter acelerado.</p> <p>La accionante es una persona mayor tiene derecho a gozar plenamente de sus facultades, el médico tratante advierte la posibilidad de recuperación.</p>			<p>La negligencia administrativa aumenta cuando están en juego derechos fundamentales como la salud en conexidad con la vida ya la integridad física de una persona con posibilidad de recuperación, dilaciones injustificadas en la práctica de procedimientos.</p> <p>Decisión: El juzgado considera a la accionante se le están vulnerando los derechos a la salud, en conexidad con la vida, y a la seguridad social al no determinar fecha y hora para la práctica de los exámenes. Se debe garantizar su restablecimiento y el mejoramiento de la calidad de vida y evitar la continuidad del perjuicio que se le ha venido causando. CONCEDE el amparo de tutela. , tutela los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y a la seguridad social.</p> <p>Ordena la representante de la EPSS el cumplimiento del fallo</p> <p>Exonera al FOSYGA teniendo en cuenta que la paciente es beneficiaria del régimen subsidiado y debe ser atendida por la red pública de salud.</p>
<p>TERCERO PENAL MUNICIPAL RAD. 2010 -</p>	<p>Accionante: Hombre Accionada: EPS. El accionante</p>	<p>De acuerdo al art.3 ley 972 de 2003 se ordene a la EPS autorice los servicios</p>	<p>El despacho procede a revisar la procedencia de la acción de tutela art. 86 C.P. y la restante legislación que lo complementa en especial, art. 37 del decreto 2591 de 1991 y</p>	<p>Señala el Juez de tutela que en el caso vulnera el derecho a la vida aclarando que frente a este se encuentra subsumido el derecho a la salud, del cual hace referencia al fallo de la C.C. de agosto 18 de 1998 Sentencia T- 427 de 1998" el derecho</p>

<p>0052.</p> <p>FECHA: 6 DE JULIO DE 2010.</p>	<p>solicita la práctica de procedimiento de ultrasonografía de próstata transrectal, biopsia de próstata profunción. Incluye perineal transrectal.</p> <p>Paciente con cáncer de próstata, de carácter agresivo que requiere iniciar el tratamiento médico exigido por el especialista.</p> <p>Ordena MEDIDA PROVISIONAL para la práctica de los exámenes</p>	<p>médicos requerido y consulta de control o seguimiento por medicina especializada.</p> <p>Derechos vulnerados:</p> <p>Derecho a la vida art. 11 C.P., Derecho a la salud, art. 49 C.P, Derecho a la seguridad social Art. 48 C.P.</p>	<p>reglamentado por el Decreto 1382 del 2000.</p> <p>Sustenta sus consideraciones en el articulado de la C.P. derecho a la seguridad social (art 48 y de manera específica respecto de personas de la tercera edad art. 44, adquieren carácter fundamental cuando según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida art. 11, la dignidad humana art. 1 ,la integridad física y moral art. 12 C.P. o el libre desarrollo de la personalidad art. 16 C.P. .</p> <p>SEÑALA que la C.C. ha manifestado en diferentes pronunciamientos.</p>	<p>a la vida a la luz de nuestra constitución es un presupuesto ontológico de los demás derecho fundamentales, que se manifiesta no solo en la posibilidad maravillosa de existir y de ser como persona, sino la posibilidad de vivir en condiciones que garanticen el reconocimiento y el respeto a la dignidad de los seres humanos. (...) “el derecho a la vida y a la salud es este caso, no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia de condiciones dignas y cuya negación, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida”.</p> <p>Decisión: Se concede el amparo con el fin de lograr la efectividad del derecho y tratándose de enfermedad o tratamiento de alto costo y alto riesgo , que como en el presente caso está de por medio el derecho a la salud , y una vida digna existiendo en cabeza de la EPS a la cual se le demanda la prestación del servicio y le ordena la practica los exámenes requeridos , pues está en riesgo su salud, vida, seguridad social y ordena el Recobro respectivo al FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS “FOSYGA”, subcuenta de compensación de régimen contributivo.</p>
---	---	---	---	--

				<p>“la protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter penal, legal o contractual. No es aceptable que en un estado social de derecho , fundado en el respeto a la dignidad humana (art. 1 C.P) y en conservación del valor a la vida (preámbulo y artículo 11 C.P.) se pueda tolerar que frente a un premio de un individuo de recibir tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico , o una disposición de carácter legal Sentencia T- 370 de 1998.C.C.</p>
<p>SEXTO PENAL CIRCUITO</p> <p>RAD.2010-00081—00</p> <p>FECHA: 11 JUNIO DE 2010.</p>	<p>Accionante: Mujer en representación de su hijo menor.</p> <p>Accionada: EPSS.</p> <p>Menor, diagnosticado con LEUCEMIA MIELOIDE AGUDA, para cuyo tratamiento el médico Oncólogo ordenó el procedimiento “Determinación de HLA I Y II POR BIOLOGIA MOLECULAR” para</p>	<p>Protección de los derechos a la salud, en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas</p>	<p>El juez de tutela examina los hechos presentados, las respuestas de las entidades accionadas y tiene en cuenta la competencia para fallar, de acuerdo al art. 42 del decreto 2591 de 1991, decreto 1382 de 2000 art. 1: la acción está dirigida contra una entidad encargada de la prestación del servicio de salud a nivel departamental.</p> <p>Reconoce la legitimidad de la accionante en representación de su hijo menor.</p>	<p>Inicia su sustento a partir del art. 49 C.P. “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Este derecho está en conexión directa con el derecho a la vida y en relación con entidades como las EPS. Que se encuentran sometidas a una estructura administrativa y legal, que el legislador ha considerado idónea para el ejercicio efectivo de los requerimientos y necesidades de la comunidad, tal como debe ser la obligación del Estado Social de Derecho y siguiendo dicho orden, existen derechos y deberes correlativos. Sentencia T- 010 de 1999”...el derecho constitucional a la vida no significa, en manera alguna, la posibilidad de existir de cualquier manera, sino la posibilidad de tener una existencia digna”.</p> <p>Acuerdo 8 de Diciembre 29 de 2009. Que aclara y</p>

	<p>comprobar si existe compatibilidad entre el paciente y alguno de sus hermanos para llevar a cabo el procedimiento de TRANSPLANTE DE MEDULA OSEA” .</p> <p>La EPSS se niega a autorizar aduciendo que se encuentra en trámite, por dicha mora, la accionante acude a la Tutela. Se trata de una enfermedad progresiva.</p> <p>La accionante carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo.</p>			<p>actualiza los planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.</p> <p>En el caso concreto:</p> <p>Dada la necesidad de la práctica de procedimiento para posterior trasplante de médula ósea del menor y frente al evidente deterioro de la salud del menor en una situación económica que le impide acceder a servicios particulares para la práctica de estos procedimientos de este tipo debe RESOLVERSE de acuerdo a los Acuerdos de la COMISION DE REGULACION DE SALUD. LEY 1122 DE 2007.</p> <p>CONCLUSION: Se trata de un procedimiento de complementación diagnóstica y terapéutica ordenado por el especialista como necesario para tratar el cáncer de Sangre, es una patología de alto costo incluido dentro del POSS a la que se encuentre afiliado el paciente. El tratamiento se encuentra “encasillado” en el POSS N. 9 que comprende exámenes de complementación diagnóstica y terapéutica para las patologías, casos y eventos que hacen parte del POSS para tratarlo , es decir, es necesario para complementación terapéutica y como tal se encuentra dentro del POSS tal como lo consagra el ACUERDO N. 008 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2009.</p> <p>“ ASI, por justicia y aplicación de los principios constitucionales plasmados en el preámbulo de la</p>
--	--	--	--	---

				<p>Carta Fundamental, es ostensible la protección que requiere el menor..”</p> <p>Señala el Fallador que “ el Juez de tutela vela porque no se vulneren los derechos de las personas, en este caso la salud en conexidad con la vida que torna la primera en fundamental de primer orden e innecesario se considera transcribir los innumerables pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno a este tema.”</p> <p>DECISIÓN: Se tutela los derechos a la salud y vida en condiciones dignas del afiliado y ordena a la EPSS la práctica del procedimiento. Y ordena el TRATAMIENTO INTEGRAL de la Patología, se debe prestar” sin dilación o traba”</p>
<p>CUARTO CIVIL MUNICIPAL</p> <p>RAD.2010-0043-00</p> <p>FECHA: JUNIO 10 DE 2010.</p>	<p>ACCIONANTE: Mujer (por agente oficioso)</p> <p>ACCIONADA: EPS. Paciente de 91 años de edad, sufrió caída que le causó trauma de cadera izquierda dictaminada por la IPS.</p> <p>EPS niega la prestación del servicio aduciendo que no la reconoce</p>	<p>Solicita se ordenen los exámenes correspondientes los rayos X y DX trauma de cadera izquierda. Y todos los procedimientos que se requieran para su recuperación a fin de lograr el mejoramiento de su salud y</p>	<p>De conformidad con el art, 86 C.P. art, 10 del decreto 2591 de 1991 con la cual revisa la viabilidad de la acción y de la agencia de la misma.</p> <p>En personas de la tercera edad el derecho a la salud es fundamental y merecen una protección especial del Estado. Sentencia T-1081 de 2001 “ el derecho a la salud de los adultos mayores “</p>	<p>El fallador sustenta su decisión en pronunciamientos de la Corte Constitucional:</p> <p>Sentencia T-1081 de 2001 “el derecho a la salud de los adultos mayores.</p> <p>Sentencia T-1237 de 2001. Se refiere a la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de acuerdo a los mandatos de los art. 13 y 14 C.P. “(...) al estado le compete proteger de modo especial a aquellas personas que por su situación económica, física o mental están circunstancias de debilidad manifiesta frente al común de los ciudadanos, facilitándoles la atención especializada que requieran con el fin de asegurarles su desarrollo armónico e integral</p>

	<p>como afiliada. La paciente se encuentra imposibilitada para desarrollar sus funciones normales del un ser humano (caminar, comer por si misma) Esta situación de negación del servicio conlleva a un deterioro progresivo de la salud de la usuaria y de su dignidad humana.</p> <p>Se requiere la práctica urgente de exámenes ordenados por el médico tratante para iniciar el tratamiento médico so pena de que la paciente pueda perder la movilidad de sus miembros inferiores o hasta su vida.</p>	<p>por ende de su calidad de vida. Se solicita se exonere de pagos por cualquier concepto del servicio de salud prestado.</p> <p>Se ordenó medida Provisional.</p>		<p>y el ejercicio pleno de sus derechos". Sentencia 1039 de 2007 de la Corte Constitucional. En cuanto a la tercera edad y los riesgos de la salud.</p> <p>Se observa negligencia con el trato a la paciente toda vez que desde la caída con fractura hasta el momento no se la ha practicado procedimiento, ni exámenes ni mucho menos citas medicas. Invoca también la Sentencia T- 1213 de 2004 de la corte Constitucional.</p> <p>En materia del vinculo del derecho a la salud con el derecho a la vida no se origina únicamente a partir de que se ponga en peligro la existencia vital del hombre, implica también la posibilidad de que el individuo lleva una "vida digna y pueda desempeñarse normalmente en sociedad, alcanzando un estado de salud lo más lejano posible al sufrimiento y al dolor, pues al hombre se le debe respeto a la integridad física y una vida saludable en la medida que sea posible".</p> <p>Refiere al desarrollo del PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD en virtud del cual el juez debe ordenar que se garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento y cita la Sentencia T- 136 de 2004. (tratamiento integral)</p> <p>DECISION: SE TUTELAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, LA SALUD, LA DIGNIDAD HUMANAY A LA SEGURIDAD SOCIAL A LA ACCIONANTE.</p>
--	--	--	--	---

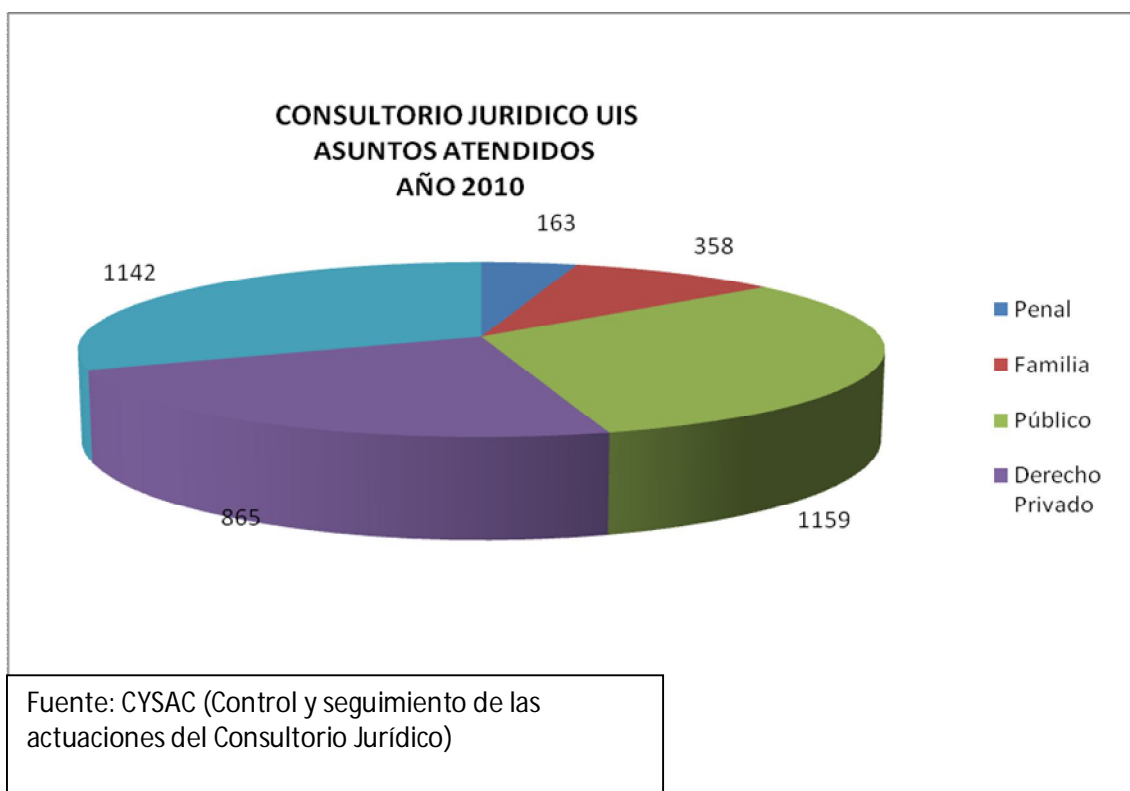
				ORDENA EL TRATAMIENTO INTEGRAL Y EXONERA DE LOS PAGOS POR LOS SERVICIOS DE SALUD que sean requeridos para su recuperación.
PRIMERO FAMILIA RAD. 2010-00566-0 FECHA: SEPTIEMBRE 22 DE 2010	ACCIONANTE: HOMBRE en representación de su hijo menor ACCIONADA: EPSS y secretaria de Salud Departamental. El menor requiere tratamiento y rehabilitación en adicciones en el Hospital psiquiátrico donde se le diagnosticó abuso de tóxicos y depresión. El ICBF remite el caso del menor al Hospital psiquiátrico y lo remitieron a la EPSS para que fuera autorizado el tratamiento.	Que se ordene y se realice el tratamiento y rehabilitación en adicciones en el Hospital psiquiátrico donde se le diagnosticó abuso de tóxicos y depresión.	Considera el fallador que el mecanismo contemplado el art. 86 C.P mecanismo procesal mediante el cual las personas pueden exigir el respeto de sus derechos constitucionales fundamentales tanto al Estado como a los particulares cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión condicionando su procedencia a la ausencia de otros medios judiciales de defensa, salvo frente a perjuicio irremediable, donde operaría de manera transitoria.	Considera el Juez de conocimiento que se puede perseguir la protección del derecho a la salud por vía de tutela como derecho fundamental autónomo de acuerdo a la Sentencia T-760 de 2008. De la C.C ERIGIENDO TAL PRONUNCIAMIENTO EN PRECEDENTE CONSTITUCIONAL DE IMPERIOSA APLICACIÓN. En el caso concreto de pacientes afectados por patologías producidas por farmacodependencia y / o drogadicción está excluido del POS tanto en el régimen contributivo y subsidiado. Sin embargo la C.C. en sentencia T-566 de 2010 "... la Corte ha considerado que las personas que padecen de drogadicción se enfrentan a un trastorno de tipo psiquiátrico que disminuye el goce de su derecho a la salud." Sentencia T- 814 de 2008. Establece los requisitos jurisprudenciales en orden a que el Juez de tutela ordene la protección del derecho a la salud síquica. Y el fallador se refiere al caso en concreto se requiere del tratamiento para el menor de edad , que desde los diez años de edad consume

	El tratamiento fue negado, debido a que el tratamiento nos encuentra en el POSS.			<p>alucinógenos y en su estado de salud, la única posibilidad de recuperación de la salud corresponde al tratamiento en medio cerrado en el Hospital psiquiátrico.</p> <p>Siguiendo los lineamientos traídos a colación el caso del menor permite reunir los requisitos para la protección del derecho fundamental a la salud, por vía de tutela pues la no realización del tratamiento ordenado afecta en desarrollo de su vida en condiciones dignas, de acuerdo al informe del ICBF no existe tratamiento alternativo que mejore la vida del paciente y que las condiciones económicas del padre son precarias que no existe posibilidad alguna que pueda cubrir los costos que demanden el tratamiento ordenado.</p> <p>DECISION. Prospera la acción, en contra del ente territorial encargado de asumir la atención de los procedimientos especializados ordenados al menor.</p>
<p>SEXTO ADTVO</p> <p>RAD. 2010-000230.</p> <p>FECHA. 1 DE JULIO DE 2010</p>	<p>Accionante: Mujer (agente oficioso de su hijo)</p> <p>Accionada: Hospital Siquiátrico, EPSS.</p> <p>El hijo de 35 años que padece de trastorno afectivo</p>	Solicita la accionante tutelar los derechos fundamentales constitucionales de salud, seguridad social, integridad personal del	En el marco de las consideraciones previas el despacho evalúa la pertinencia de la acción, confrontando, el art. 86 C.P., el decreto 2591 de 1991 art. 6, de igual forma se refiere a la organización de los servicios de salud, que serán de forma descentralizada, por niveles de atención y con atención de la	<p>Sustenta el fallo en la fundamentación constitucional de los derechos invocados de tutela:</p> <p>Derecho a la vida, derecho a la seguridad social contemplado en el art. 48 C.P., derecho a la salud según art. 49 C.P., Responsabilidad de las ARS por las prestaciones excluidas del POS-S DE ACUERDO a lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T- 165 de 2007 en cuanto a los gastos que ocasione un</p>

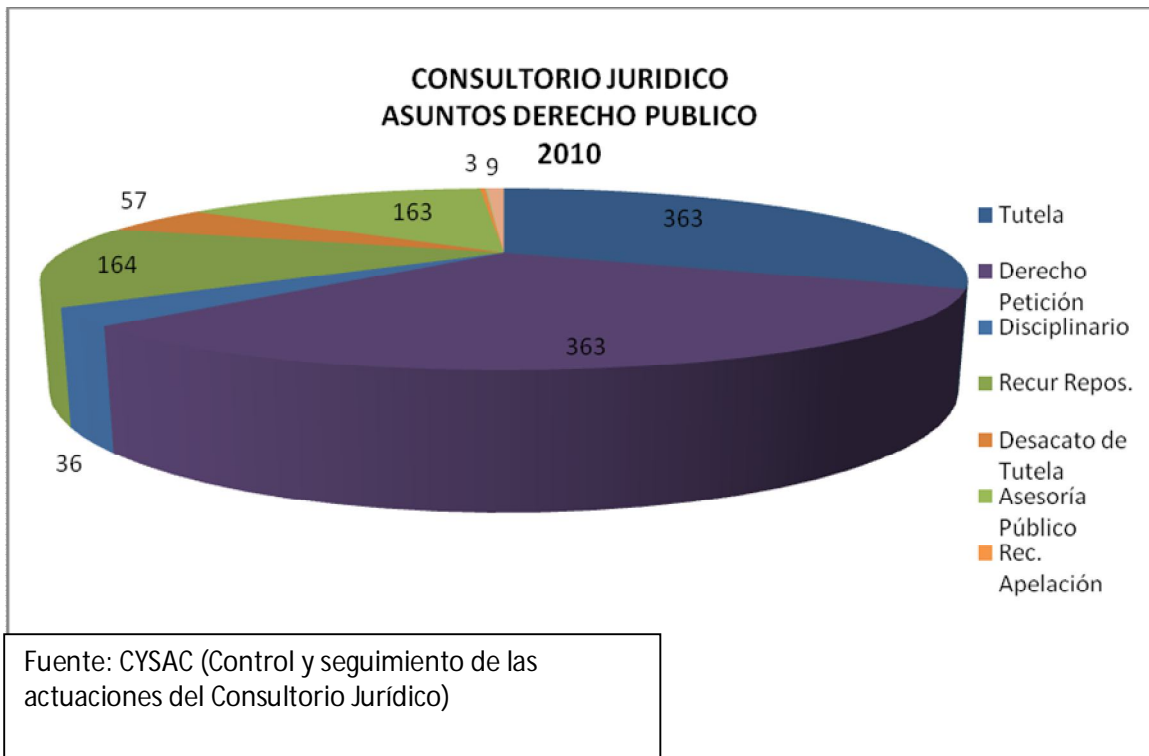
	<p>Bipolar, de manera continua es internado en el Hospital squiátrico.</p> <p>La tutelante pertenece al SISBEN nivel 1 , cada vez que interna a su hijo en el Hospital, debe cancelar de \$50.000 a \$ 120.000 pesos .</p> <p>El hijo requiere de tratamiento psiquiátrico, pues con ocasión de los ataques que padece se torna violento, poniendo en riesgo su vida y la de las personas a su alrededor.</p>	<p>accionante. Solicita tratamiento integral, consistente en tratamientos y medicamentos que requiere el accionante. Se solicita se exonere de cualquier tipo de pago, llámese cuotas moderadoras o copagos debido a la incapacidad de la familia del accionante.</p>	<p>comunidad.</p> <p>La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.</p> <p>El fallador considera y cita " el precedente constitucional de los derechos invocados de protección" : Derecho a la vida, en el marco de la Sentencia T- 099 de 1998 de la Corte Constitucional. " Aparte de las competencias que corresponden a las autoridades administrativas y policivas, el tema del derecho fundamental a la vida, lleva ante los jueces , estos tienen a su cargo la gravísima responsabilidad de decidir, sin mayores formalismos, con miras a lograr la eficacia de su protección (...). En las vidas de los asociados se concreta y cristaliza, más que en cualquier otro pedimento elevado ante la justicia, la prevalencia del derecho sustancial.</p> <p>Decreto 2591 de 1991 Art. 14, estableció que la acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por</p>	<p>medicamento fuera del POSS .</p> <p>Derecho a la salud y copagos : la C.C. Sentencia T- 617 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería señaló: " la regla general es que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderados (ley 100 de 1993 art. 187). Como puede advertirse, esta regla general no se aplica a la población vinculada sino únicamente a la población afiliada, ya sea mediante el régimen contributivo o mediante el régimen subsidiado. Los afiliados mediante este último régimen pagan un porcentaje de acuerdo al nivel en el que hayan sido clasificados.</p> <p>VIDA Y SALUD. CITA sentencia T- 732 de 1998 CORTE CONSTITUCIONAL.</p> <p>Régimen subsidiado; Sentencia T-498 de 2004MP. Dra. Clara Inés Vargas." Sostuvo: " al régimen subsidiado establecido por la ley 100 de 1993 , pertenecen las personas integrantes de los estratos 1, 2, es decir, la población más pobre y vulnerable del país de las áreas rural y urbana, con especial énfasis: las madres durante el embarazo, parto, post parto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de una año, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas , los artistas y los deportistas, los trabajadores ..).</p>
--	---	---	---	---

			<p>escrito.</p> <p>Art. 22 decreto 2591 de 1991 que el Juez, tan pronto tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.</p>	<p>Sentencia T- 261 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra que reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional y en el evento que se nieguen procedimientos expresamente señalados en el POS</p> <p>Para el caso en estudio tiene en cuenta los hechos y la jurisprudencia constitucional reseñada, “ en el sub lite se vulnera el derecho a la seguridad social en salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas del tutelante y pasa a revisar los hechos y cita normatividad específica como lo es la ley 100 de 1993 , ley 60 de 1993 en cuanto a la complejidad de la atención médica , atención POSS con entidades públicas y privadas.</p> <p>LA LEY 1122 DE 2007 en cuanto al nivel SISBEN I se encuentra excluido de cobro de cuotas moderadoras y copagos.</p> <p>DECISION: Con el fin de dar plena eficacia al principio de efectividad de lo Derechos fundamentales (art. 1,2, 11, 44, 48 y 49 C.P) Y A LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO se concede la protección Solicitada en la tutela.</p>
--	--	--	---	--

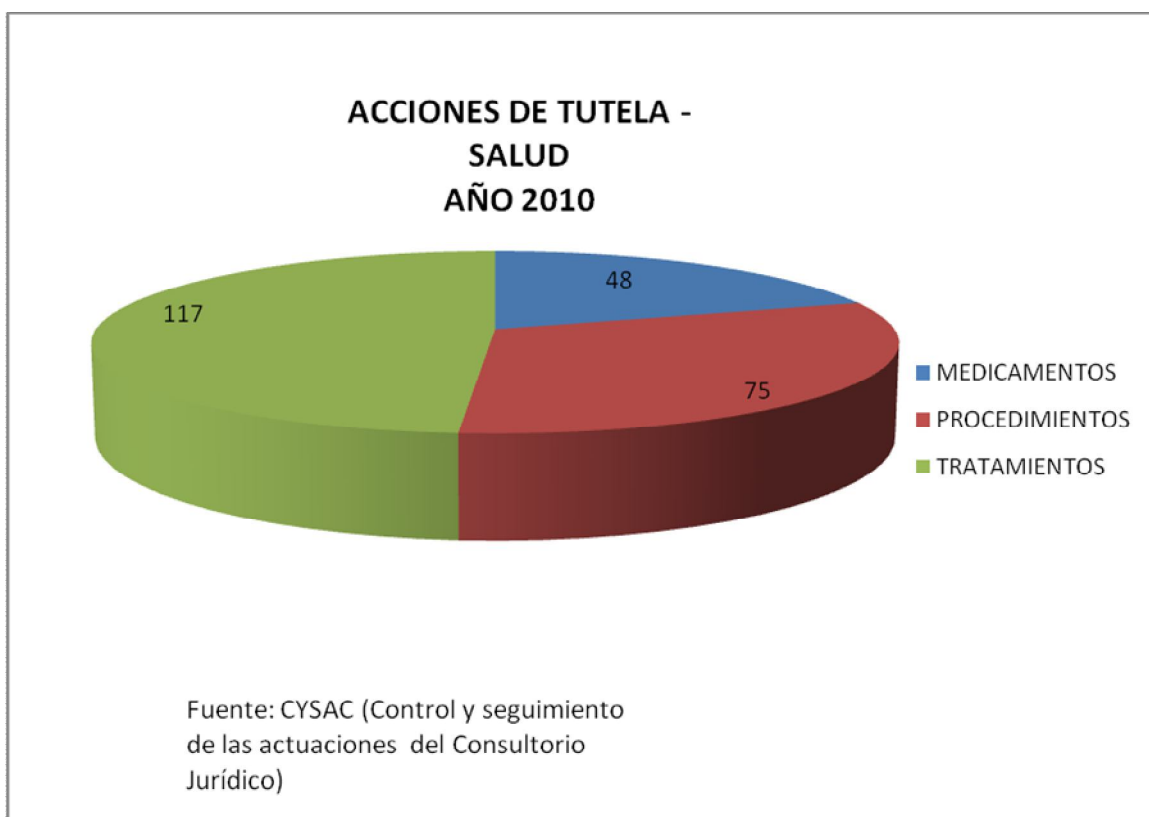
ANEXO B.
GRAFICO DE ASUNTOS ATENDIDOS EN CONSULTORIO JURIDICO UIS
EN EL AÑO 2010



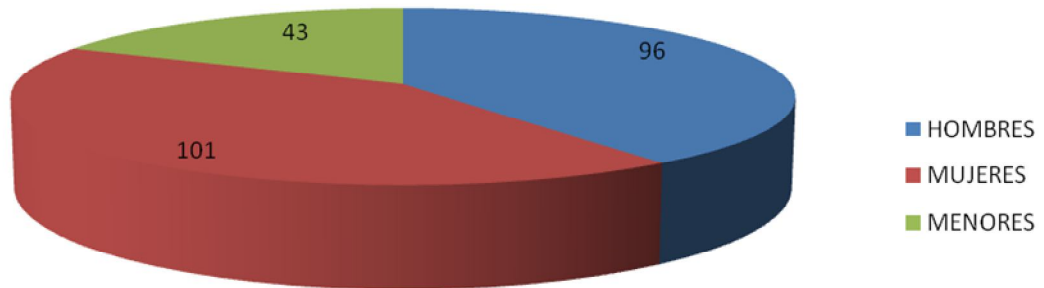
ANEXO C.
GRAFICO DE ASUNTOS ATENDIDOS EN CONSULTORIO JURIDICO UIS
EN DERECHO PUBLICO EN EL AÑO 2010



**ANEXO D.
GRAFICO DE ACCIONES DE TUTELA EN SALUD ATENDIDAS
EN CONSULTORIO JURIDICO UIS
EN EL AÑO 2010**



**ACCIONES DE TUTELA -
SALUD
AÑO 2010**



Fuente: CYSAC (Control y seguimiento de las actuaciones del Consultorio Jurídico).