



**ANÁLISIS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA *OBITER DICTA* EN LAS SENTENCIAS
DE TUTELA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Revisión de las sentencias de tutela sobre la protección del derecho a la salud

Maritza Jurado Vélez

Trabajo de monografía para optar al título de abogada

Asesora:

María Cristina Gómez Isaza

PREGRADO DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

MEDELLÍN

2022

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	3
1. El Precedente Constitucional en el Sistema Jurídico Colombiano	7
1.1 Desarrollo Jurisprudencial de la Doctrina del Precedente Constitucional.....	11
1.2 El Valor Preeminente del Precedente Constitucional frente al Precedente Ordinario	19
<i>1.2.1 Nivel de Vinculatoriedad del Precedente para las Autoridades Administrativas.....</i>	<i>22</i>
<i>1.2.2 Nivel de Vinculatoriedad del Precedente para los Jueces</i>	<i>24</i>
2. Fundamento del Uso del Precedente Judicial dentro de la Teoría del Razonamiento Jurídico Práctico	29
2.1 El Precedente Constitucional como Razonamiento Jurídico	38
3. Acercamiento Teórico a los Elementos que Componen los Fallos Judiciales: La <i>Obiter Dictum</i>, La <i>Ratio Decidendi</i>, La <i>Decisum</i>	41
3.1 Definición Dogmática de <i>Ratio Decidendi</i>	42
3.2 Definición de <i>Ratio Decidendi</i> por parte de la Jurisprudencia Constitucional.....	46
3.3 Definición Dogmática de la <i>Obiter Dicta</i>	53
3.4 Definición de <i>Obiter Dicta</i> por parte de la jurisprudencia constitucional.....	58
3.5 La <i>Decisum</i>	61
4. Sentencias de Reiteración de Tutela: Descripción de la <i>Obiter Dicta</i> de las Líneas Jurisprudenciales del Derecho a la Salud	63
4.1 El Transporte como medio de Acceso al Servicio de Salud.....	65
<i>4.1.1 Fundamentos jurídicos de la <i>Obiter Dicta</i></i>	<i>70</i>
4.2 El Suministro de Atención Domiciliaria a través del Servicio de Enfermería y de Cuidador, como medios de Acceso a los Servicios de Salud	77
<i>4.2.1 Fundamentos Jurídicos de la <i>Obiter Dicta</i></i>	<i>81</i>
4.3 El Derecho a la Salud de los Extranjeros en Colombia: Casos de Migrantes Venezolanos.	87
<i>4.3.1 Fundamentos Jurídicos de la <i>Obiter Dicta</i></i>	<i>92</i>
4.4 El Acceso a Tratamientos de Fertilidad: La Fertilizacion In Vitro a través del Sistema en Salud.....	103
<i>4.4.1 Fundamentos Jurídicos de la <i>Obiter Dicta</i></i>	<i>107</i>
5. Conclusiones	116
6. Referencias.....	124

Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un sistema de precedentes constitucionales vinculantes que han sido desarrollados por la Corte Constitucional desde los albores de la Carta Política de 1991. A través de su función de control concreto de constitucionalidad, por medio de la expedición de sentencias de unificación de jurisprudencia y sentencias de tutela, la corte interpreta el alcance de los derechos fundamentales y define la interpretación de los preceptos constitucionales y legales, con el fin de garantizar los principios de la seguridad jurídica, igualdad, buena fe, la confianza legítima y el debido proceso.

Los precedentes constitucionales, como fuentes de derecho, adquieren gran importancia para todos los actores dentro del sistema jurídico, ya que permiten garantizar la coherencia decisional de los jueces y demás autoridades, en la medida en que las *subreglas* definidas en casos anteriores deben aplicarse por analogía fáctica a nuevos casos que presenten las mismas circunstancias fácticas y jurídicas. Así, los precedentes definidos por el máximo tribunal constitucional son reconocidos como argumentos de autoridad que adquieren la validez y el reconocimiento a partir del criterio de competencia, y a su vez surgen como argumentos de gran relevancia para el razonamiento jurídico en las decisiones judiciales, en la medida en que presentan razones de cómo decidir casos concretos a la luz de la regla de decisión vigente. Además, la vinculación relativa a los precedentes judiciales armoniza los principios de autonomía judicial y de igualdad formal, en la medida en que los operadores jurídicos podrán apartarse del precedente en ciertos casos y cumpliendo con una alta carga argumentativa.

La válida distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* dentro de la decisión judicial permite identificar lo que adquiere fuerza normativa con valor de precedente. Por ello, mientras que la *ratio decidendi* o ‘razón de la decisión’ constituye los fundamentos jurídicos necesarios y suficientes para la decisión sobre un determinado punto de derecho, los *obiter dicta* son aquellas afirmaciones dichas de paso, no vinculantes, que no tienen relación directa con la decisión. Aunque no existe unanimidad entre los autores con respecto a las funciones de los *obiter dicta*, podemos afirmar que la mayoría de doctrinantes, como López Medina (2006), Quinche Ramirez (2020), Marina Gascón (2011) y Tarrufo (2015), los han definido como aquellas consideraciones irrelevantes e innecesarias, mientras que la jurisprudencia constitucional le ha asignado un valor de criterio auxiliar, no vinculante, de interpretación de la actividad judicial.

A la luz de esta importante distinción, surgió la pregunta de investigación sobre por qué la Corte Constitucional construye extensa y abundante *obiter dicta*, qué funciones cumplen estas afirmaciones ‘dichas de paso’ en un sistema de precedentes, cuál es su valor normativo, cómo determinar si un argumento es irrelevante o no lo es, y cuál sería la técnica judicial adecuada para la construcción de una *obiter dicta*. Estos cuestionamientos nacen de los numerosos comentarios escuchados sobre las extensas sentencias construidas por nuestro tribunal constitucional. Desde profesores, estudiantes, abogados, jueces y hasta ciudadanos del común, han cuestionado la escritura extensa, abundante y catedrática de las decisiones judiciales alrededor de un problema constitucional, lo cual resulta aún más discutible en los casos de control concreto de constitucionalidad, en donde se deciden casos presentes y concretos.

El objetivo del presente trabajo es examinar y describir cómo se construye las *obiter dicta* en las sentencias de reiteración de tutela de la jurisprudencia constitucional, en problemas jurídicos concretos que contienen un precedente consolidado y pacífico. En estas sentencias de tutela, la se

acude a la reiteración jurisprudencial con la finalidad de repetir los criterios de interpretación que ha adoptado el máximo tribunal frente a las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico. Se aborda el estudio de este tipo de sentencias por dos razones principales: de un lado, la relevancia de acercarnos a la construcción de la *obiter dicta* alrededor de problemas constitucionales concretos en razón de la vulneración del derecho fundamental a la salud, de otro lado, por cuestiones metodológicas, con la finalidad de delimitar el objeto de estudio a solo un tipo de sentencias, toda vez que, realizar un análisis amplio del contenido de la *obiter* en los diferentes tipos de sentencias supera el alcance del presente trabajo.

Por lo tanto, se revisan cuatro escenarios constitucionales (problemas jurídicos distintos) entorno a la protección del derecho fundamental a la salud, describiendo la *ratio decidendi* vigente para la resolución del problema jurídico y el contenido de los argumentos o fundamentos jurídicos que conforman la *obiter dicta*. Estos escenarios constitucionales son: i) el transporte como medio de acceso al servicio de salud, ii) Suministro de atención domiciliaria a través del servicio de enfermería y de cuidador, como medios de acceso a los servicios de salud, iii) Derecho a la salud de los extranjeros en Colombia: casos de migrantes venezolano, iv) Acceso a tratamientos de fertilidad: la *fertilizacion in vitro* a través del sistema general en salud.

Adoptar el análisis de los escenarios constitucionales nos permite identificar problemas alrededor de los cuales se litiga un derecho y las subreglas definidas en cada uno. Diego López Medina (2006) define un escenario constitucional como “el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto. Cada derecho muestra un cierto número de escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido” (p.148). De esta forma, cada escenario constitucional abordado tiene una línea jurisprudencial

autónoma alrededor de un problema jurídico frente a la protección del derecho a la salud. Esta metodología es adecuada para el estudio de la jurisprudencia, ya que nos permite identificar los fundamentos jurídicos que motivan la decisión, esto es, los distintos argumentos utilizados dentro de la *obiter dicta* de las sentencias.

En este sentido, el trabajo se encuentra distribuido en cuatro capítulos. En el primer capítulo, **“el precedente constitucional en el sistema jurídico colombiano”**, se realiza un acercamiento a la consolidación del sistema de precedentes constitucionales en nuestro país, se expone la importancia del control de constitucionalidad realizado por el máximo tribunal, la prevalencia del precedente constitucional frente a los demás precedentes judiciales y el nivel de vinculatoriedad para la administración pública y para los jueces. En el segundo capítulo, **“Fundamento del uso del precedente judicial dentro de la teoría del razonamiento jurídico práctico”**, se justifica la importancia del uso de los precedentes desde el razonamiento jurídico práctico y desde las teorías de la argumentación. En el tercer capítulo, se desarrolla el **“Acercamiento teórico a los elementos que componen los fallos judiciales: la obiter dictum, la ratio decidendi, la decisum”**, realizando una exposición conceptual de la distinción dogmática y jurisprudencial de cada uno de estos elementos y su incidencia dentro del precedente constitucional. Finalmente, en un cuarto capítulo, se realiza el estudio de las **“Sentencias de reiteración de tutela: descripción de la obiter dicta de las líneas jurisprudenciales del derecho a la salud”**, para presentar el análisis descriptivo de los precedentes constitucionales vigentes en cada escenario constitucional referido. De cada escenario se seleccionaron sentencias de tutela recientes que contienen la jurisprudencia vigente, para examinar los fundamentos jurídicos que conforman la *obiter dicta* y los niveles de citación normativa que realiza la Corte Constitucional, frente a la construcción de este apartado de las sentencias, esto con la finalidad de (i) efectuar un análisis dinámico de las ‘consideraciones’

que componen la *obiter dicta* de cada una de las líneas jurisprudenciales, identificar los parámetros de argumentación y citación¹, (ii) describir los enunciados normativos desarrollados y (iii) confrontar los usos y la técnica que utiliza la Corte para referenciar la *obiter dicta* cuando se presenta una *subregla* clara y suficiente para resolver el caso. Finalmente, se presentan las conclusiones generales frente al uso de la *obiter dicta* en las sentencias de reiteración de tutela.

1. El Precedente Constitucional en el Sistema Jurídico Colombiano

El ordenamiento jurídico colombiano se caracteriza por la preeminencia de un sistema de precedentes constitucionales que han sido definidos por el máximo tribunal constitucional, la Corte Constitucional. Este sistema se ha consolidado con la finalidad de dotar de mayor coherencia interna al sistema jurídico, garantizar el derecho a la igualdad de trato entre los ciudadanos, generar una mayor seguridad jurídica y asegurar una mayor efectividad de los derechos fundamentales consignados en la Constitución Política de 1991. Durante los últimos treinta años de historia constitucional, se han presentado álgidas discusiones académicas y judiciales alrededor de la fuerza jurídica del precedente, contenida en las subreglas creadas por el máximo tribunal para determinar la aplicación de los enunciados normativos tanto legales como constitucionales².

Este debate dio lugar a una transformación de nuestra cultura jurídica, que hizo tránsito de un modelo positivista y exegético- de origen romanista de tradición continental europea- hacia un modelo de neoconstitucionalismo³, en el cual adquiere preeminencia la fuerza jurídica de los

¹ El análisis dinámico de la jurisprudencia permite revisar la línea jurisprudencial que se ha elaborado en varias decisiones judiciales alrededor de un mismo problema jurídico, dando cuenta de diversos pronunciamientos jurisprudenciales y la relación sistemática entre las decisiones. Como afirma Diego López “la determinación de la subregla jurisprudencial sólo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes” (p.5)

² Los debates en torno a la vinculatoriedad del precedente judicial se han presentado alrededor de temas como: la tensión entre la autonomía judicial y el principio de igualdad y justicia material; la colisión de los precedentes de las Altas Cortes, quienes cumplen la función de unificar la jurisprudencia en cada una de sus jurisdicciones; la obligatoriedad del precedente fijado en las providencias de control concreto de constitucionalidad; la atribución de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, entre otros.

³ Recordemos que el modelo neoconstitucionalista adquiere las siguientes características: i) más principios que reglas, ii) más ponderación que subsunción, iii) omnipresencia de la constitución en todas partes, iv) omnipotencia judicial

derechos fundamentales, la importancia de los principios y valores constitucionales, la eficacia directa de la Constitución, la garantía judicial y otros elementos propios de los modelos de constitucionalismo fuerte⁴. En este contexto se abre camino la construcción de la doctrina del precedente judicial a partir de la mutación constitucional del artículo superior 230, que trajo como consecuencia que la ‘jurisprudencia’ pasara de ser considerada como fuente secundaria y auxiliar, a ser fuente principal de derecho.⁵

La reinterpretación de la expresión “imperio de la ley” contenida en el artículo 230, permitió concebir la ‘Ley’ tanto en su sentido formal- la expedida por el órgano legislativo- como en su sentido material, para adoptar un concepto que comprende el conjunto de normas constitucionales, legales y reglamentarias que integran el ordenamiento jurídico, incluidas las interpretaciones jurisprudenciales de los máximos órganos judiciales.⁶ Así, la Corte Constitucional ha enfatizado que cuando se aborda el término ‘Ley’ se está haciendo referencia a todo el ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas,

En tal sentido, cabe recordar que el artículo 230 Superior al referirse a la “ley”, alude realmente a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general. (Sentencia C-335 de 2008, p.36)

sobre la autonomía del legislador, v) coexistencia de una constelación plural de valores, que produce antinomias, vi) garantía judicial para la protección de los derechos fundamentales...

⁴ Ricardo Guastini en *“La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”* (2009) afirma que este fenómeno corresponde a una transformación en la cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia.

⁵ En suma, debido a las profundas transformaciones que en los últimos años ha conocido el sistema de fuentes colombiano se ha abandonado una concepción decimonónica de la jurisprudencia, fundada en postulados tales como (i) el juez es un mero aplicador de normas legales; (ii) los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes sólo tienen un carácter indicativo o ilustrativo acerca de la forma como debe entenderse la ley; y (iii) los jueces gozan de total libertad para apartarse de sus fallos anteriores (precedente horizontal) como aquel de sus superiores jerárquicos (precedente vertical). (Sentencia C-355 de 2008, p. 45)

⁶ “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” (Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón).

Sin desconocer el papel central que sigue teniendo el derecho legislado en nuestro sistema de fuentes, es innegable que el precedente judicial se instaló como fuente viva para responder a las indeterminaciones, vacíos o contradicciones encontradas en las distintas normas constitucionales y legales⁷. Además, como un mecanismo que permite garantizar la seguridad jurídica- ya que las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- y el respeto por el principio de igualdad- pues no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por el mismo juez.

la jurisprudencia (junto con otras fuentes vivas) transforma el derecho pre-interpretado en derecho post-interpretado, lo contextualiza, les da la razón o no a los intereses y derechos en juego, en fin, vuelve concreto y actual lo que en los enunciados normativos es abstracto y meramente potencial. (López, 2017, p. 9)

La jurisprudencia constitucional decantó inicialmente la obligatoriedad del precedente constitucional, y posteriormente fue abriendo paso a la obligatoriedad del precedente de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, en las jurisdicciones ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria, respectivamente, dentro de su función de unificación jurisprudencial⁸. Este desarrollo dogmático partió de la necesidad de dotar de unidad y coherencia al ordenamiento jurídico bajo la exigencia de que los jueces debían ser consistentes con sus decisiones previas, lo cual sería posible mediante la unificación de la jurisprudencia, comprendida como el “conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme” (Sentencia C-104 de

⁷ En la Sentencia C-252 de 2001 se dijo en relación con el valor de la jurisprudencia constitucional, que se ha desarrollado un debate al interior de la Corte desde sus inicios, en el que se han enfrentado “dos posturas claras: la tradicional, sustentada en una visión formalista del derecho –tributaria, sin duda, de las fuentes romanistas de nuestro sistema legal- que ve en la ley la fuente jurídica principal y sólo le reconoce a la jurisprudencia un valor supletorio que se empleará para resolver los problemas hermenéuticos que presentan las leyes, bien porque (i) poseen un significado oscuro –problemas de interpretación-, porque (ii) contradicen otras disposiciones de igual jerarquía –problemas de coherencia-, o porque (iii) no indican una respuesta clara frente al caso que se estudia –problemas de plenitud del orden normativo-. Del otro lado, es posible identificar una corriente reformadora, que animada por la promulgación de la Constitución de 1991 –con la consagración de una carta detallada de derechos y, en general, más afín con una visión del derecho que alienta la labor judicial y propende a su fortalecimiento-, ve en la jurisprudencia una fuente principal del derecho y aboga por su aplicación obligatoria a través de la creación de líneas de precedentes” (Pie de página 13, Sentencia T-292 de 2006).

⁸ “Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares” (Sentencia C- 355 de 2008, num. 8.1)... Además, la interpretación realizada por las Altas Cortes resulta ser vinculante por estar investidas de facultades de unificación de jurisprudencia.

1993, p.7), y la existencia de órganos de cierre que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia. (Sentencia C- 836 de 2008, num.1.1)

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho se sustentó en una postura teórica del derecho que considera que los textos normativos (bien sean constitucionales, legales o reglamentarios) carecen de un sentido unívoco y evidente, pues se encuentran dotados de ambigüedades y vaguedades propias del lenguaje natural, razón por la cual, se les asigna un significado concreto a través de un proceso de interpretación realizado por los jueces⁹. Mediante la decisión judicial, los jueces interpretan las disposiciones aprobadas por el legislador y fijan las reglas, de origen jurisprudencial, a partir de la definición concreta del derecho.

Esta labor interpretativa del juez permite determinar cuál es la fuente aplicable para la solución del problema jurídico planteado. Para ello el juez debe adelantar la armonización concreta de las fuentes de derecho en relación con el principio de supremacía constitucional y la jerarquía del sistema de fuentes, así como la integración de los principios constitucionales a la aplicación del derecho. Este proceso de armonización se presenta con mayor fuerza cuando existe más de una regla aplicable, ante la inexistencia de una regla particular para la solución del problema jurídico o ante la colisión entre principios o entre reglas y principios, situaciones en las cuales se recurre a métodos como la ponderación o el test de proporcionalidad.

⁹ Este cambio de paradigma provocó el abandono de una concepción decimonónica de la jurisprudencia, en donde el juez era visto como un mero aplicador de normas legales, para concebir su rol como creador de derecho. Esto se funda en una postura teórica del Derecho que concibe que los textos normativos carecen de un sentido unívoco, obvio u evidente, frente a lo cual, la interpretación judicial surge como una práctica argumentativa racional, que entra a dotar de significado concreto las disposiciones normativas. Toda vez que “el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que, sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es” (Sentencia C-083 de 1995, p. 11). La jurisprudencia pasa de tener mero valor indicativo o de referencia, a concebirse como vinculante en pro de la unidad del sistema.

Desde sus primeros años de funcionamiento, la Corte resaltó la importancia de alcanzar uniformidad del ordenamiento jurídico a través del reconocimiento de la jurisprudencia y la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho, para garantizar los siguientes objetivos: i) asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-; ii) procurar exactitud; iii) conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -art- 83 CP-; iv) unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad; v) permitir estabilidad; vi) otorgar seguridad jurídica materialmente justa. Estos supuestos se logran a partir de dos vías principales:

(i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado. (Sentencia C-539 de 2011, p.30)

En la actualidad está ampliamente reconocido el carácter de fuente de derecho (vinculante) de la jurisprudencia emanada de las Altas Cortes en sus respectivas jurisdicciones, como “una herramienta útil para lograr la coherencia del sistema jurídico nacional, perseguir el cumplimiento del principio de igualdad, y lograr la eficiencia del sistema judicial” (Sentencia C-621 de 2015, 3.9.1.2). Esta responsabilidad de consistencia con las decisiones anteriores compete no solo a los jueces o tribunales frente a sus propias providencias (*precedente horizontal*), sino a los falladores de instancia en relación con las decisiones de sus superiores jerárquicos (*precedente vertical*). Como afirma el profesor Quinche Ramírez (2020) “hoy se sabe que el precedente judicial es el elemento central del sistema jurídico en Colombia, que es de carácter obligatorio y tiene fuerza vinculante para todos los jueces, tribunales y autoridades” (p. 45).

1.1 Desarrollo Jurisprudencial de la Doctrina del Precedente Constitucional

Desde el año 1993, con las Sentencias C-131, C-113 y C-104, se desarrolló la teoría de la doctrina constitucional, por medio de la cual, las sentencias de control abstracto de constitucionalidad adquirieron el carácter de fuente obligatoria y de precedente, con fundamento en el artículo 243° de la Carta, que consagra la denominada "cosa juzgada constitucional"¹⁰. Este tipo de providencias fueron caracterizadas de la siguiente forma:

i) Tienen efecto *erga omnes* y no simplemente *inter partes*; ii) Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto ; iii) Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica[...]; iv) Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexecuibilidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia[...]; v) Todos los operadores jurídicos quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional. (Sentencia C-131 de 1993, num. 2.3)

En esta primera etapa la posición de la Corte Constitucional resultó ser ambivalente. De un lado, planteó la tesis de la jurisprudencia como fuente formal y primaria de derecho, al distinguir entre cosa juzgada explícita (parte resolutive del fallo) y cosa juzgada implícita (parte motiva que contiene la regla jurídica que goza de carácter obligatorio para los operadores jurídicos). De otro lado, en Sentencias como la C-083 de 1995¹¹, se arguyó que la ‘doctrina constitucional’ era un instrumento orientador más no obligatorio, toda vez que,

es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior (literal b).

¹⁰ “La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001)” (Sentencia SU1300 de 2001, num.2.2)

¹¹ En esta Sentencia, la Corte diferenció los conceptos de *jurisprudencia* y de *doctrina constitucional*, presentando la primera como fuente auxiliar de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 69 de 1896; mientras que la segunda fue desarrollada a partir de lo que se consideró como doctrina constitucional interpretativa, de acuerdo al artículo 4° de la Ley 153 de 1887, la cual constituye criterio auxiliar, y la doctrina constitucional integradora, en donde la interpretación dada por la Corte resulta obligatoria, de acuerdo a la cosa juzgada constitucional (artículo 5 de la 153 de 1887).

Sin embargo, el máximo tribunal avanzó paso a paso en la construcción del entramado argumentativo que justifica la necesidad de respetar el precedente judicial, para garantizar el derecho a la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica¹². Aunque en un principio se definió como vinculante únicamente lo decidido en las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, posteriormente se fue abriendo paso la necesidad de dotar de fuerza vinculante a las proposiciones normativas que constituyen la *regla o subregla de derecho* de las providencias de control concreto de constitucionalidad (sentencias T y SU).

En el año 1996, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270– estableció los efectos de las sentencias en el ejercicio del control constitucional (artículo 45 y 48), aclarando que las sentencias de constitucionalidad tienen carácter obligatorio general a partir de la denominada “cosa juzgada constitucional”, mientras que las sentencias de control concreto únicamente tendrían obligatoriedad para las partes. Este texto normativo generó una disputa entre el Legislador y la Corte Constitucional, que fue resuelta en la Sentencias C-037 de 1996¹³. En esta se consideró que solo la Corte podría definir los efectos de sus sentencias, en virtud del principio de separación funcional de las ramas del poder público (artículo superior 113 y ss.) y de lo dispuesto por el artículo superior 241.

Posteriormente, en la providencia SU-047 de 1999¹⁴ se estableció la obligatoriedad de la parte motiva de las sentencias que “guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte

¹² Para conocer la historia de la consolidación del precedente constitucional en Colombia se encuentra en el libro “*el derecho de los jueces*” (2006) de Diego López Medina, así como el más reciente “*los eslabones del derecho*” (2017), textos fundamentales para comprender la importancia del precedente judicial en nuestro sistema normativo y que son referentes para el presente trabajo.

¹³ En este fallo se analizó el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- Ley 270 de 1996- declarando inexecutable parcialmente los artículos 45° y 48°, y una exequibilidad condicionada de este último, que respectivamente, establecía unas reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad y que fijaba el alcance de las sentencias proferidas en ejercicio del control constitucional.

¹⁴ En esta polémica decisión, la Sala Plena de la Corte decide la tutela interpuesta por la congresista Viviane Morales Hoyos, en contra de la investigación adelantada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra los Representantes de la Cámara que votaron a favor del archivo del expediente en el proceso contra el presidente Ernesto Samper Pizano. La accionante consideraba que la Corte Suprema de Justicia desconocía el artículo 185 de la Constitución, el cual consagra la inviolabilidad como un derecho fundamental de los Congresistas. En este caso, la Corte Constitucional estudio el alcance de la inviolabilidad parlamentaria como garantía dentro de un Estado Democrático, afirmando que “*la inviolabilidad genera una irresponsabilidad jurídica general*”, impide la configuración de conductas delictivas cuando un congresista emite un voto o una opinión en ejercicio de sus funciones. “*En efecto, si la actuación del congresista es en ejercicio del cargo, pero no consiste en la emisión de un voto o de una opinión, entonces su conducta cae bajo la órbita del derecho común. La Constitución no ha consagrado una irresponsabilidad total del parlamentario sino una inviolabilidad absoluta pero específica*”. Lo novedoso de este fallo es que la Corte genera un cambio de jurisprudencia que fue bastante cuestionado, negando el precedente que había establecido en las Sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1995, al considerar que se trataba de meros *obiter dictum*.

resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva” (p.150). Este enunciado recoge lo que previamente fue definido como “*cosa juzgada implícita*” en la Sentencia C-131 de 1993 y que posteriormente sería denominado bajo el concepto de *ratio decidendi* del fallo, como la regla de decisión que constituye el precedente judicial.

Ya para el año 2001, con la Sentencia hito C-836, la Corte Constitucional termina de consolidar la doctrina del precedente constitucional a partir del desarrollo del artículo 13 superior¹⁵. Con esta decisión se ratifica la obligación por parte de los jueces de seguir los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de todas las personas, la seguridad jurídica y la confianza legítima. En caso de no seguirlos, se debe cumplir con una “carga argumentativa” bastante estricta que dé cuenta de las razones por las cuales resuelven apartarse de las reglas jurisprudenciales¹⁶. En desarrollos posteriores plasmados en las providencias de reiteración de jurisprudencia C-335 de 2008¹⁷, C- 539 de 2011¹⁸, C- 634 de

¹⁵ Esta Sentencia hito es de gran importancia dentro de la línea jurisprudencial del precedente constitucional. Examinó la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que establecía la “doctrina probable” como optativa más no obligatoria, en los siguientes términos: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*” Es importante indicar que la violación de la doctrina probable fue considerada como causal de casación por violación de la ley en nuestro sistema de derecho, causal que suponía un límite a la autonomía del juez. La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma en mención, consignando la obligación que tienen los jueces de considerar los precedentes existentes al momento de decidir. Indicó que la regla de la doctrina probable no presenta ninguna contradicción con el más reciente entendimiento sobre el valor que los precedentes judiciales de los órganos de cierre tienen como fuente de derecho, puesto que todas las personas tienen derecho a recibir un trato jurídico en condiciones de igualdad, tanto en la interpretación como en la aplicación de la ley. Pese a esto, este fallo ha sido criticado porque no presenta las reglas fijadas por la Corte Constitucional frente a la obligatoriedad del precedente constitucional...En sentencia posterior, SU-120 de 2003, se reitera que respetar esta doctrina asegura que los cambios jurisprudenciales no sean arbitrarios, que la modificación en la interpretación de las normas no se deba a un hecho del propio fallador, y que sea posible proteger las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad, en la aplicación e interpretación de la ley.

¹⁶ En la aclaración de voto de esta Sentencia, Manuel José Cepeda Espinosa sustenta que el precedente constitucional sentado por la Corte, como guardiana suprema de la Carta, tiene fuerza vinculante tanto para la interpretación de la constitución como de las leyes. “En principio, los jueces deben seguir la jurisprudencia constitucional y cuando no lo hacen por razones del respeto al principio de igualdad, de seguridad jurídica, o de confianza legítima deben indicar las razones que los llevaron a apartarse de la jurisprudencia” (num. 2.4).

¹⁷ En este fallo la Corte decide sobre la demanda de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 413° del Código Penal, que establece el tipo penal de prevaricato por acción, al considerar que esta norma violaba la Constitución por restringir la conducta solamente a la violación de la ‘ley’, y no considerar la expedición de resolución, dictamen o concepto contrario a la Constitución, a las normas de tratados públicos o a la jurisprudencia constitucional. La Sala concluyó que la expresión “ley” debía entenderse de manera amplia, como “*norma jurídica aplicable al caso concreto*”, lo que contempla tanto a la Constitución como a las normas que integran el bloque de constitucionalidad y a la jurisprudencia constitucional.

¹⁸ En esta sentencia, se conoció la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114° (parcial) de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, el cual excluyó la obligatoriedad de los

2011¹⁹, C- 816-2011²⁰, C- 588-2012²¹, C-461 de 2013²², C-621 de 2015²³, se definen las reglas jurisprudenciales que sustentan la obligatoriedad del precedente judicial en nuestro sistema jurídico, enfatizando su carácter de fuente vinculante, las consecuencias administrativas, disciplinarias y judiciales del desconocimiento del precedente, la posibilidad de apartamiento por parte de jueces y el cambio de jurisprudencia por parte de las Altas Cortes.

Se ha precisado que la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional tiene una doble fundamentación, de un lado, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y de otro, es el guardián de la “supremacía e integridad” de la Carta Fundamental, por lo cual sus interpretaciones autorizadas condicionan la actividad legislativa, administrativa y judicial. En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, acoger la interpretación autorizada del máximo tribunal constitucional, tiene como finalidad dotar de fuerza normativa a la Constitución Política y evitar que cada juez u operador jurídico interprete arbitrariamente la Carta; ya que “entre la

precedentes sentados por la Corte Constitucional. Se declaró su exequibilidad condicionada, en el entendido que “los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional”.

¹⁹ En esta providencia se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10° (parcial) de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, que establece el deber de aplicación uniforme de las normas y jurisprudencia en el mecanismo de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, en el cual se excluía la jurisprudencia constitucional. En este fallo se declaró la configuración de una omisión legislativa relativa, indicando que las autoridades administrativas también “tendrán en cuenta” el precedente constitucional.

²⁰ La Corte decide sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 102° (parcial) de la Ley 1437 de 2011, norma que estableció la obligación que tienen las autoridades de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado (a petición de parte). En este caso, se declaró exequibles el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102° de la Ley, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

²¹ Se declaró la exequibilidad de los artículos 102° (parcial), 269° (parcial) y 270° (parcial) de la Ley 1437 de 2010 , reiterando las reglas sobre la vinculatoriedad del precedente constitucional y judicial referidas en sentencias anteriores.

²² La Corte resuelve declarar exequible el artículo 17° del Código Civil (“*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas*”), bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos en las sentencias que deciden las acciones constitucionales. Enfatizando el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre y la necesidad de tomar en cuenta “los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciere, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio” (Literal 5).

²³ En esta Sentencia se demandó de inconstitucionalidad del artículo 7° (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “por medio del cual se expide el Código General del Proceso”. Este artículo excluyó la vinculatoriedad de los precedentes constitucionales, razón por la cual, la Corte- aunque declara la exequibilidad de la norma demandada- reitera que el precedente judicial tiene una autoridad dentro del sistema de fuentes colombiano, y en caso tal de que una autoridad judicial decida apartarse debe ofrecer una justificación suficiente. Igualmente reconoce que la doctrina probable tiene fuerza normativa desde lo dicho en la Sentencia C-836 de 2001.

Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”²⁴.

Ahora bien, es importante aclarar que no todo lo dicho por la Corte resulta vinculante, pues no todas las partes de una sentencia ni toda la jurisprudencia constituyen fuente formal de derecho, por el contrario, se ha reconocido fuerza vinculante únicamente a las consideraciones que constituyen la *ratio decidendi*- la razón de la decisión- tanto de los fallos que son emitidos en ejercicio del control abstracto como concreto de constitucionalidad. Así como la parte resolutive de los fallos de control abstracto de constitucionalidad, que, como ya indicó, tienen efecto *erga omnes* y constituyen cosa juzgada constitucional.²⁵

Dentro de esta construcción normativa, se reiteran los siguientes fundamentos del sistema del precedente constitucional: (i) la importancia del papel de la jurisprudencia para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que los ciudadanos esperan que se sigan interpretando las normas de la misma manera; (ii) el carácter vinculante reforzado del constitucional para todos los servidores públicos tanto administrativos como judiciales así como particulares que ejerzan funciones públicas; (iii) el deber de coherencia de los jueces de instancia frente a sus propias decisiones y frente a las decisiones de las Altas Cortes; (iv) el valor prevalente del precedente constitucional para la interpretación de la Constitución y la protección de derechos fundamentales; (v) el valor de precedente judicial de la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Constitucional, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela; (vi) las responsabilidades penales, administrativas y disciplinarias para todos los servidores públicos por el desconocimiento del precedente.²⁶

Además de lo anterior, el carácter de fuente principal del precedente judicial ha sido reconocido en diferentes normas legales, específicamente en materia de la jurisdicción ordinaria y administrativa, como un mecanismo para descongestionar los despachos judiciales, lograr la celeridad en la resolución de conflictos y garantizar el derecho a la igualdad de interpretación y

²⁴ Sentencia C-113 de 1993, M.P Jorge Arango Mejía, literal f), p.10

²⁵De esta forma, la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* se predica no solo frente a las sentencias de constitucionalidad, sino también, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, en donde “la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución” (López, p.65).

²⁶ Sentencias SU-120 de 2003, T-698 de 2004, T-292 de 2006.

aplicación del derecho por parte de los jueces y autoridades administrativas. Así, encontramos los artículos 10, 102, 103 y 169 de la Ley 1437 de 2011²⁷, el artículo 114 de la Ley 1395 de 2011 y los artículos 7, 35 y 333 de la Ley 1564 de 2012.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha implementado distintas estrategias para conseguir el respeto de los precedentes constitucionales y consolidar una disciplina en pro de la aplicación efectiva del precedente dentro de la rama judicial, como ha sido la instalación de unos mecanismos de monitoreo o técnicas de disciplina judicial para sostener la coherencia decisional del sistema. Estos resultaron necesarios por causa de la desobediencia injustificada de jueces de instancia que se niegan a aplicar los precedentes de las Altas Cortes, generando problemas de incoherencia decisional y afectaciones a los derechos fundamentales.²⁸

Las técnicas de disciplina judicial para garantizar la aplicación del precedente y la coherencia jurisprudencial diseñadas en nuestro sistema de precedentes son las siguientes: (i) la revisión de tutelas de instancia seleccionadas con la finalidad de verificar la violación del precedente judicial por parte de los jueces; (ii) decidir las solicitudes de nulidades de sentencias emitidas por la propia Corte Constitucional a través de alguna de sus salas o incluso, la sala plena, cuando varían injustificadamente el sentido del precedente vinculante; (iii) la incurrancia por parte de los jueces y las autoridades en el delito de prevaricato por el concepto de “violación de la ley” en los casos reconocidos en la Sentencia C-335 de 2008²⁹. Además de lo anterior, el juez analiza los cargos de violación del precedente judicial ordinario como causal por defecto sustantivo (Sentencia T-049 de 2007) y la causal autónoma por violación directa del precedente constitucional, al momento de proferir un fallo de fondo³⁰.

²⁷ El artículo 10 determina la obligatoriedad de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, el artículo 102 establece la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, el 103, el alcance del cambio de jurisprudencia y el 269 el procedimiento para la extensión de jurisprudencia.

²⁸ La Corte Constitucional insiste mucho en que la doctrina del precedente no es una jaula de hierro que encierra a los jueces y que, por tanto, respeta la independencia judicial suficientemente. Como se trata de una obediencia relativa (y no absoluta) piensa que los jueces tienen una razón más para obedecerla cuando corresponde (López, p. 28, 2017). Esta situación de desobediencia injustificada ha dado cuenta de la “irritación” de la Corte al momento de revisión de numerosas sentencias de tutela, en donde una y otra vez, debe repetir los precedentes vigentes para casos análogos.

²⁹ Existen casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción cuando al apartarse de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte comete una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

³⁰ Esta causal es común cuando es inaplicado un precedente de la Corte Constitucional donde se fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una norma que limita sustancialmente dicho alcance. Ver Sentencias

Estos mecanismos han aumentado el interés de los distintos actores sociales que coexisten dentro del sistema jurídico, quienes aspiran y esperan que las interpretaciones realizadas por los jueces sean consistentes con los precedentes constitucionales vigentes, tanto en los escenarios del litigio y de la resolución de conflictos de derecho, como en el contexto social, en donde miles de personas reclaman la protección de sus derechos fundamentales.

La Corte Constitucional cuenta con una compilación jurisprudencial de fácil acceso para todas las personas y operadores jurídicos. Las providencias (autos o sentencias) son publicadas y compiladas a través de la “Relatoría”, que las organiza por temas y subtemas, número, radicación, normas demandadas, palabras claves, año, entre otros. Además, de manera más reciente, se viene publicando los “Boletines de Relatoría” mensuales, que presentan un resumen de los casos fallados, al enunciar los hechos del caso, la *ratio decidendi* que fundamenta la decisión y el resuelve del fallo.³¹

De lo anterior se concluye que la doctrina del precedente se ha estabilizado en nuestro país y tiene hoy un protagonismo ascendente dentro de la práctica judicial, resultando inaceptable una hermenéutica que siga asignándole el valor de fuente auxiliar. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una función autoritativa-normativa del precedente judicial, en la medida en que contamos con normas positivizadas que exigen el deber de aplicar el precedente y con líneas jurisprudenciales sólidas que han reconocido la regla de aplicabilidad del precedente³². Hoy en día, el derecho aplicable vigente es extraído de los precedentes judiciales y constitucionales, “dichos precedentes constituyen la norma controlante del caso y la hermenéutica jurídica se abre, por tanto, no solo a la interpretación del derecho legislado, sino, cada vez con mayor ahínco, a la hermenéutica del derecho jurisprudencial”. (López, p. 2006, 193)

T-102 de 2014, M.P: Jorge Pretelt, y T 267 de 2013, M.P. Jorge Palacio... La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera sistemática, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal), y que cuando se apartan del precedente horizontal o vertical deben ofrecer un argumento suficiente que justifique el cambio, asegure la igualdad y conjure la arbitrariedad. (Sentencia C-539 de 2011)

³¹ La Corte ha sido pionera en nuestro país, en el cumplimiento de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, Ley 1712 del 6 de marzo de 2014. Poniendo a disposición de la ciudadanía y los grupos de interés, toda la información frente a los expedientes y casos objeto de decisión por medio del buscador de procesos de tutela y de constitucionalidad. Ver <https://www.corteconstitucional.gov.co/>

³² La regla del precedente, como una regla secundaria y de reconocimiento, puede ser producto de un acto formal de legislación o constitucionalización (reconocimiento formal); y por otra, ser el producto de su aceptación en la práctica jurídica (reconocimiento informal) (Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz, 1997, pp.483-485, como se citó en Pulido, 2018, p.33)

1.2 El Valor Preeminente del Precedente Constitucional frente al Precedente Ordinario

Existe un fundamento jurídico-positivo frente al valor del precedente constitucional que lo hace sustancialmente distinto del precedente ordinario. Este fundamento encuentra su fuerza gravitacional en la facultad del precedente constitucional para decidir el alcance de los derechos fundamentales y preservar los principios y valores de nuestro Estado Constitucional y Social de Derecho. En numerosas oportunidades, la Corte Constitucional, ha enfatizado el nivel especial de vinculatoriedad de su precedente, dada su función de garantizar la supremacía e integridad de la Carta por disposición del artículo 241 de la norma superior. Por lo tanto, su interpretación del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces y prevalece frente a las interpretaciones que realicen los demás tribunales de cierre de las distintas jurisdicciones. En relación con la interpretación de las normas legales, el máximo tribunal ha definido que su tarea no es determinar la interpretación de la ley cuando diferentes interpretaciones posibles de la misma son conformes con la constitución.³³

En la temprana Sentencia C-131 de 1993³⁴, se sostuvo que la divergencia ostensible entre ambos es que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior” -material y formalmente³⁵. En la misma dirección, la Sentencia C-386 de 1996 señaló que “si hay

³³ La doctrina del derecho viviente reconoce la jurisprudencia elaborada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria como referente para apreciar el significado de una norma demandada, toda vez que es necesario reconocer el contexto dentro del cual la norma fue creada y dentro del cual ha sido interpretada. “En efecto, cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución -como sucede en este caso a juicio del demandante- la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución” (Sentencia C-418 de 2014, num. 4.2)

³⁴ Desde la Sentencia C-104 de 1993 se planteó la obligatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte, al indicar que “aunque la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad tiene efectos erga omnes, es decir oponibilidad universal, y la parte motiva de tales sentencias en principio no tiene un carácter obligatorio general, no ocurre lo mismo con aquellos aspectos contenidos en ella que guardan una relación directa o un claro nexo causal con la parte resolutive; argumentos constitucionales cuyo valor, se dijo, es vinculante, y cuya naturaleza se definió como obligatoria para las autoridades”(p.11).

³⁵ El artículo 243° de la Carta reza así: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional...Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución”.

discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece”, además “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, por cuanto ella es la guardiana de la Carta”.³⁶

Igualmente, en la Sentencia T-656 de 2011 la Corte sostuvo lo siguiente:

el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que las normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional. (Num. 4.4.5)³⁷

Finalmente, encontramos que el precedente constitucional cumple con unas funciones muy importantes en nuestro sistema de derecho, como lo son la de dotar el sistema jurídico de mayor coherencia, en la medida en que todos los órganos judiciales deben seguir la jurisprudencia fijada por los máximos tribunales³⁸, garantizar el derecho a la igualdad de trato en la medida en que

³⁶ La importancia de la interpretación autorizada de la Carta en materia de tutela que realiza la Corte Constitucional ha sido enfatizada en otras providencias: en la T-260 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández), se concluyó lo siguiente: “en sede de revisión está de por medio un indudable interés público; pues su trámite y decisión importa a toda la colectividad, en cuanto la resolución que adopte la Corte, al sentar las bases interpretativas de la Constitución, al mostrar con fuerza de doctrina constitucional cuál es el sentido en que deben entenderse los derechos y sus límites, al introducir criterios en torno a cuándo cabe la tutela y cuándo es improcedente, suministra a todos los jueces elementos doctrinales y jurisprudenciales para su actuación futura y señala pautas a las personas respecto de la Carta Política y su desarrollo (...) según la interpretación auténtica de la Carta. (Subrayas fuera del texto original)”.

³⁷ La interpretación auténtica de los preceptos constitucionales que hace la Corte tiene dos aspectos: “un aspecto subjetivo, relativo al caso concreto, y objetivo, que implica consecuencias generales en cuanto determina el precedente judicial a ser aplicado en casos similares o análogos” (Sentencia C-539, 5.2.9, p.35). La Sentencia C- 816 de 2011 reitera que la jurisprudencia de la Corte, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte (6.4.2.).

³⁸ Ver Sentencia SU-120 de 2003... Por otra parte, encontramos el principio de publicidad de la actividad judicial (C.P. art. 228), que implica el derecho de acceso de la comunidad en general a sus decisiones, comprende la obligación de las autoridades de motivar sus propios actos. Este deber incluye el de considerar explícita y razonadamente la doctrina judicial que sustenta cada decisión. Esta garantía tiene como objetivo que los sujetos procesales y la comunidad en general tengan certeza, no sólo sobre el texto de la ley y la jurisprudencia, sino que se extiende a asegurar que el ordenamiento está siendo y va a seguir siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme (Sentencia C 836 de 2001, p.31).

casos iguales deben ser resueltos de la misma forma³⁹, respetar la supremacía de la Constitución y brindar mayor seguridad jurídica para proteger la libertad individual y las transacciones entre particulares⁴⁰, entre otras ya enunciadas.

1.3 Vinculatoriedad Relativa al Precedente Judicial: La Posibilidad de Apartamiento del Precedente Judicial y el Cambio de Jurisprudencia

Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido que todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y como parte de esa sujeción, se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. Por lo tanto, solo en situaciones excepcionales, los servidores públicos podrán apartarse válidamente de las reglas jurisprudenciales cumpliendo con una “carga de argumentación” estricta, que aporte razones suficientes para no aplicarlas. De lo contrario se estaría ante una actuación arbitraria que representa una infracción directa de los mandatos constitucionales y legales (o de un acto administrativo de carácter general), así como de una afectación de los derechos fundamentales de los afectados por estas decisiones.

Con el fin de preservar la justicia material y de evitar posturas que conlleven a petrificar el ordenamiento jurídico, nuestro sistema adopta las figuras de *apartamiento* del precedente conocido como *distinguishing* en los sistemas del *common law*- y el *cambio* de precedente-*overruling*⁴¹, toda vez que:

³⁹ El derecho a "acceder" igualmente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares (Sentencia C-104 de 1993).

⁴⁰ De ello se deriva la garantía del principio de buena fe y confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado. En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que, al compararlas, resulten contradictorias. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia...y aplicación de la ley por parte de los jueces debe ser razonable, consistente y uniforme (*Ibidem*, p.29).

⁴¹ “La técnica del *distinguishing* sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no se aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. La técnica del *overruling*, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente” (Alexy, p.266, 1989).

las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. (Sentencia SU-047 de 1999, num. 44)⁴²

A continuación, se pasa a explicar el nivel de obligatoriedad del precedente y las causales que posibilitan el apartamiento.

1.2.1 Nivel de Vinculatoriedad del Precedente para las Autoridades Administrativas

Como se anotó, todas las autoridades administrativas están en el deber de observar la interpretación normativa autorizada que realizan los máximos tribunales en materia constitucional y legal. Esta obligación resulta absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad, en los términos del artículo superior 243, las cuales tiene efecto *erga omnes*, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen fuerza vinculante para todas las autoridades.⁴³

En las providencias C-539 de 2011, C-634 de 2011 y C 816 de 2011, se estableció que las autoridades administrativas no eran titulares del principio de autonomía que les reconoce la Constitución a los jueces (CP, 228 y 230.1), por lo cual, deben adoptar el precedente como fuente obligatoria de derecho, y deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional. Sin embargo, estas sentencias asumieron una postura bastante flexible, al aceptar la posibilidad de que la administración se apartara excepcionalmente y de manera restringida del precedente judicial, relativizando la postura radical que inicialmente había sido sostenida por la

⁴² Esta situación es posible incluso en los sistemas del common law, en donde el principio del “stare decisis” o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, sino que admite el apartamiento del precedente por parte de las altas corporaciones, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial. La Cámara de los Lores abolió en 1966, la regla según la cual ella quedaba atada de manera absoluta a sus decisiones anteriores, una “adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a injusticias en casos concretos y también restringir indebidamente el adecuado desarrollo del derecho”. Por ello concluyen que a partir de ese momento la Cámara de los Lores va a considerar que, si bien los precedentes son “normalmente vinculantes”, será posible para esa corporación “apartarse de una decisión previa cuando sea justo hacerlo”. El tribunal precisó empero que esa nueva regla sólo era aplicable a la Cámara de los Lores, pero no a los otros jueces. (Referenciado en la SU-047 de 1999, p.50)

⁴³ Esto implica la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. Además, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución. (Sentencia SU-1122 de 2001, 5.2.8)

jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, de acuerdo con la interpretación realizada del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, la Administración se puede oponer a la extensión de jurisprudencia de unificación por las siguientes razones: (i) por disimilitud entre la situación jurídica del peticionario y la dispuesta en la sentencia; (ii) por necesidad de practicar pruebas y (iii) por discrepancia argumentativa con lo resuelto por el Consejo de Estado en la solicitud, caso último en el cual, el afectado puede proponer el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en el artículo 262.

Pese a esta relativización de la obligatoriedad del precedente, es aceptado que su desconocimiento de forma arbitraria y caprichosa por parte de los servidores públicos da lugar a la afectación de derechos fundamentales y a la violación directa de la Constitución o de la ley. Esta situación puede generar la configuración de una responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria; y la interposición de acciones judiciales como la acción de tutela contra actuaciones administrativas.⁴⁴

Cuando no se presente un precedente judicial pacífico y consolidado en una materia, los funcionarios administrativos deben optar por la decisión que “mejor interprete el imperio de la Constitución y la Ley, para el caso concreto”, de lo contrario, podrán desestimarse sus decisiones por ser arbitrarias o irrazonables. Frente a definición de la arbitrariedad o irrazonabilidad de una interpretación realizada por una autoridad administrativa, se ha afirmado que esta se identifica cuando:

(i) no resulta posible derivar de la norma el sentido normativo propuesto; y (ii) dicha interpretación hace nugatorios los fines, principios, valores y derechos consagrados por la Constitución, esto es, el orden constitucional entendido de manera sistemática, de manera que la administración se encuentra obligada tanto por los aspectos sustanciales como procedimentales de la Carta. (Sentencia C-539 de 2011, num. 5.2.8).⁴⁵

⁴⁴ El respeto por el precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en: (a) el respeto al debido proceso y del principio de legalidad; (b) el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las Cortes cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben motivarse de manera objetiva y razonable; (d) el desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6 y 90 C.P.); (e) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley. (Sentencia C-634 de 2011, 19.1)

⁴⁵ Jurisprudencia consolidada desde la Sentencia T-116 de 2004.

Sin embargo, la actual reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por medio de la Ley 2080 de 2021, modifica la posibilidad de apartamiento del precedente judicial para la administración. En su artículo 102 se estableció que únicamente se podrá negar la petición de extensión de jurisprudencia bajo las siguientes causales: i) Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un periodo probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas y ii) Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos. De esta forma, queda absolutamente prohibido para la administración negarse a extender los efectos de una sentencia de unificación por discrepancia con la interpretación realizada por los máximos tribunales de unificación.

1.2.2 Nivel de Vinculatoriedad del Precedente para los Jueces

En nuestro sistema de precedentes existen básicamente dos clases de precedente judicial: i) *precedente vertical*, cuando un juez de inferior jerarquía debe aplicar un precedente proferido por una de las Altas Cortes⁴⁶ y el ii) *precedente horizontal*, relacionado con las decisiones previas proferidas por jueces, tribunales o Cortes en el mismo nivel de jerarquía judicial⁴⁷. Además, se suele utilizar el término de *autoprecedente* como una especie del precedente horizontal, para dar cuenta de los precedentes dictados por el mismo juez o tribunal que decidió el caso anterior, y que requieren una coherencia decisional.⁴⁸

⁴⁶ Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. (Sentencia T-794 de 2011, num. 3.4.2.)

⁴⁷ Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio. (Sentencia T-794 de 2011, num. 3.4.1.)

⁴⁸ Marina Gascón Abellán en “*La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*” (1993) habla de tres modalidades de precedentes judiciales: El precedente vertical, el precedente horizontal y el autoprecedente. Por su parte, Quinche Ramírez en “*El Precedente Judicial y sus Reglas*” (2020) habla de cuatro clases de precedente judicial definidos por la Corte Constitucional: el precedente aplicable, el precedente horizontal, el precedente vertical y el precedente uniforme (p.23-24). Sin embargo, no estamos conformes con esta clasificación, sino con la clasificación establecida por la profesora Gascón que resume de manera correcta las tres tipologías de precedentes, toda vez que, bien sea que se trate de precedente vertical, horizontal o uniforme corresponde a un precedente aplicable, entendido

En las Sentencias C-539 y C-816 de 2011, se sostuvo que sólo la jurisprudencia sentada por los órganos de cierre de las jurisdicciones- constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, tiene el carácter de fuerza vinculante⁴⁹. Por el contrario, las decisiones de los jueces y tribunales de instancia constituyen un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con el artículo 230.2 de la Constitución. Así, mientras que la jurisprudencia de juzgados y tribunales es criterio auxiliar de interpretación, las decisiones de los órganos judiciales de cierre, además del valor de cosa juzgada propio de ellas frente al caso *sub judice*, posee fuerza vinculante como precedente respecto de posteriores decisiones judiciales. Entendiendo por precedente únicamente la *ratio decidendi* de la sentencia anterior que resulta pertinente para resolver el caso.

La obligatoriedad de seguir el precedente ha generado un debate en torno a la colisión entre el principio de autonomía judicial *contra sensu* el derecho a la igualdad. Frente a esta disputa, la Corte Constitucional, aplicando el método hermenéutico de ponderación, resolvió que la vinculatoriedad del precedente no implica la negación completa de la autonomía e independencia de la función judicial, toda vez que la figura del apartamiento del precedente permite armonizar estos mandatos constitucionales (Sentencia C-816, num. 5.4.3.7.), en la medida en que los jueces podrán apartarse previo cumplimiento de determinadas condiciones. En primer lugar, los jueces deberán identificar la jurisprudencia aplicable al caso y relacionar el posible precedente en la decisión, esto es, considerarlos y dialogar con ellos (*carga de la transparencia*); en segundo lugar, deberán realizar un proceso expreso de contra argumentación que explique las razones del apartamiento, bien sea por:

- (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas

como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla-prohibición, orden o autorización-, determinante para resolver el caso” (Sentencia T-292 de 2006, num.26)

⁴⁹ Nótese que la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores (Sentencia C-816 de 2011, num. 5.4.2.4.)

jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga. (Sentencia C-621 de 2015, num. 3.8.3)

Dentro de los argumentos que podrían presentarse para justificar el apartamiento del precedente se encuentran los siguientes: (a) que se establezca que la *ratio* no se aplica al caso concreto por existir elementos relevantes que lo distinguen del caso previo; (b) que la Corte Suprema no haya considerado elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente; (c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del tribunal de Casación, basados en la discusión con tal decisión, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que mejor responde a la institución jurídica; (d) que tribunales superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hayan pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema de Justicia; o (e) que sobrevengan cambios normativos que tornen incompatible con el ordenamiento jurídico el precedente.⁵⁰

La armonización de los principios de autonomía judicial y de igualdad, encuentra su fundamento en la tesis de la Corte que establece que los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica, por lo cual, “la escogencia de un principio no puede llevar al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía”. Por lo tanto, cuando “el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial” (Sentencia T-123 de 1995, p.10), de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de igualdad.⁵¹

⁵⁰ Sentencias T-688 de 2003, T- 571 de 2007... Además, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación. (Sentencia T-539 de 2011, p.48)

⁵¹ Si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amañó resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera. (*ibidem*, p.10)... En la Sentencia T-309 del 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se reitera que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que, si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho.

De esta forma, cuando los jueces deban resolver un caso que desde el punto de vista fáctico y jurídico resulte semejante a otro resuelto en el pasado, deberán tenerlo en cuenta para realizar el derecho a la igualdad. Excepcionalmente, se podrán apartar mediante una *argumentación explícita y razonada* (carga argumentativa), que se encuentre sustentada con motivos sólidos y suficientes. Incluso que permita demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales⁵². De lo contrario, nos encontramos ante una actuación arbitraria del funcionario judicial que configura un defecto sustantivo (Sentencia C-634 de 2011, num. 15)

Si bien la situación es compleja en los casos donde el significado asignado a una disposición constitucional o legal no es unívoco ni es aceptado por consenso o unanimidad, no ocurre lo mismo cuando una disposición ofrece un sentido unívoco que es claramente aplicable para la resolución del caso concreto (casos en los cuales queda reducida al mínimo la actividad creadora del derecho por parte del juez). Ha resaltado la corte, que existen casos (fáciles) en donde se debe aplicar una simple subsunción, casos en las cuales el acatamiento del precedente equivaldría simplemente a aplicar la ley. Ante estas situaciones, los jueces “pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos al imperio de la ley” (Sentencia C-355 de 2008, p. 50).

Por su parte, el *cambio de jurisprudencia* se ha consagrado como una figura válida que busca la actualización del derecho vigente. Estos cambios deben estar fundados en razones de peso que no atenten contra los principios de racionalidad, universalidad, coherencia y consistencia. El magistrado Eduardo Cifuentes en su salvamento de voto de la SU-049 de 1999, pronunció los siguientes requisitos:

Para que un cambio radical de jurisprudencia no amenace la legitimidad de la Corporación, es necesario, entre otras cosas: (1) que resulte evidentemente claro que la Corte y sus miembros no actúan de manera coyuntural, sometidos a fuertes presiones sociales o políticas; (2) que las razones

⁵² En la Sentencia T-439 de 2000 se expuso lo siguiente frente a la posibilidad de apartamiento del precedente: El precedente por lo tanto, es verdaderamente una regla de derecho derivada del caso y en consecuencia, las autoridades públicas solo pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”, o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”, en cuyo caso se exige una “debida y suficiente justificación”.

jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina hayan demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo las ha convertido en obsoletas o anacrónicas; (3) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que este resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses de la Corporación; (4) que el efecto benéfico del cambio de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño – en términos de legitimidad de la Corporación y de seguridad jurídica – que produce el mencionado cambio. (p.152)

Esta providencia sustenta que en nuestro ordenamiento jurídico es legítima la posibilidad de desligarse de los precedentes en circunstancia concretas, como las siguientes: i) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares y iii) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional. Asimismo, en la Sentencia C-836 de 2001 se consagró la potestad de que la Corte Suprema de Justicia se aparte de su doctrina probable (precedente horizontal) en tres supuestos: i) cambios sociales que hagan necesario un ajuste en la jurisprudencia, ii) cuando encuentre que su jurisprudencia contradice “valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico” y iii) cuando exista un cambio relevante en el ordenamiento jurídico legal o constitucional.

En todo caso, es claro que la actividad judicial no puede asumir una postura que tienda a petrificar el derecho, por el contrario, la jurisprudencia debe ostentar un carácter flexible para dar respuesta a las transformaciones culturales y sociales de una comunidad que se encuentra en constante cambio⁵³.

En cuanto a la procedencia del cambio de jurisprudencia, el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 establece que “los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte,

⁵³ En todo caso, aunque el respeto al precedente es fundamental en nuestra organización jurídica por las razones expuestas, su acatamiento no debe suponer la petrificación del derecho. En este sentido, el juez puede apartarse tanto de los precedentes horizontales como de los precedentes verticales; pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones contundentes para distanciarse válidamente de los precedentes vinculantes. Dicha carga argumentativa comprende demostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. Sin embargo, existen otras razones válidas para apartarse del precedente, señaladas por la propia Corte. (Sentencia T-292 de 2006, num. 32).

previo registro del proyecto de fallo correspondiente”. Para ello, la Sala de Revisión correspondiente debe presentar la solicitud para unificar la interpretación constitucional o modificar la jurisprudencia. Además, las decisiones de la Sala Plena son precedente obligatorio para todas las Salas de Revisión de Tutelas.

En conclusión, nuestro ordenamiento jurídico armoniza los principios de autonomía judicial con los principios de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica a partir de las figuras del apartamiento jurisprudencial y el cambio de jurisprudencia. Esta posibilidad de distinguir los casos es potestad del intérprete, quien deberá fundamentar porqué decidió en uno u otro sentido, cumpliendo con las cargas de argumentación y transparencia⁵⁴.

2. Fundamento del Uso del Precedente Judicial dentro de la Teoría del Razonamiento Jurídico Práctico

Más allá del atributo de autoridad con que gozan los precedentes en los sistemas de Derecho Común y de Derecho Civil, en el presente trabajo se trae a consideración el uso de los mismos como un mecanismo fundamental para estructurar la argumentación jurídica. Comprendido como aquella parte de la sentencia que contiene la regla de derecho que fundamenta una decisión judicial, el precedente sirve como razón principal para la estructura de la argumentación jurídica. Esta regla de derecho determina la premisa mayor de la decisión judicial y su prescripción de manera universal o general permite que pueda ser aplicada a casos que fáctica y jurídicamente exigen un tratamiento jurídico semejante. Según Taruffo, “el precedente plantea una regla- universalizable, como ya se dijo- que puede ser aplicada como criterio de decisión en un caso posterior cuando

⁵⁴ “**La tercera razón** es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: `tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos** del derecho que funcionan como **buenas razones para decisiones subsecuentes**` y `exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante** (énfasis de la Sala)” (J. Bell, 2000, como se citó en Bernal, 2008).

exista identidad o -como ocurre por regla general- analogía entre los *hechos* del primer caso y los *hechos* del segundo caso” (p.121).⁵⁵

Para complementar el fundamento del precedente judicial, recurrimos al modelo diseñado por Leonor Moral Soriano (2002), quien realiza un estudio del contenido del razonamiento jurídico de los jueces para determinar el uso de los precedentes. La autora indica la relevancia del precedente a partir de dos argumentos principales: de un lado, el *argumento pragmático*, según el cual la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtienen: la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros. De otro lado, se encuentra el *argumento de justicia formal*, que plantea el principio de igualdad como la razón central para seguir los precedentes, en la medida en que casos iguales requieren un tratamiento semejante (p.128). Ambos argumentos racionalizan el fundamento de los precedentes judiciales, en la medida en que brindan un beneficio a la comunidad jurídica y dan cuenta de un principio moral básico como lo es el principio de igualdad.

Este modelo propuesto por Morial Soriano concibe la actividad judicial como “un procedimiento discursivo cuyo fin es la justificación de enunciados normativos particulares: las decisiones judiciales” (p.125). Dentro de este modelo, los jueces asumen un proceso deliberativo a partir de la revisión de las distintas fuentes que el sistema jurídico establece para la solución del caso concreto y seleccionan los precedentes aplicables para motivar las decisiones judiciales. Se sostiene que el juez, como orador del razonamiento jurídico, toma sus propios precedentes o el de los tribunales superiores, como argumentos para decidir los casos presentes de manera consistente con los casos del pasado.⁵⁶ Desde una perspectiva “justificativa” los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales (p. 129), pero que en todo caso pueden ser seguidos o no seguidos.

⁵⁵ Para Taruffo, un solo precedente es suficiente para fundar una decisión del siguiente caso.

⁵⁶ Cabe señalar que los precedentes judiciales están dotados de una mayor fuerza persuasiva dependiendo del juez o magistrado de quién emane la decisión, por lo tanto, no será igual la fuerza de un precedente emitido por un juez de instancia que el precedente consolidado por el máximo tribunal constitucional.

Para abordar el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico práctico, este modelo retoma los paradigmas del discurso jurídico deliberativo desarrollado por Chaim Perelman en su importante trabajo “Tratado de la Argumentación: la Nueva Retórica” (1989) y por Robert Alexy en su obra “Teoría de la Argumentación” (2000).

En el modelo de razonamiento práctico de Perelman, el juez utiliza la argumentación y las técnicas discursivas para persuadir al auditorio de que su decisión es la más adecuada, entre las otras posibles argumentaciones que pueden ser permitidas por el ordenamiento jurídico. Para ello, recurre a razones no solo de índole jurídico, sino también, morales, políticas, sociales, entre otras. Los argumentos surgen como el centro de las razones para la toma de decisiones, “deliberar significa argumentar, es decir, apoyar con razones que una proposición normativa es la mejor, la más razonable o la más sólida” (como se citó en Moral, 2002 p. 126). Para este autor, el razonamiento jurídico adquiere unas características específicas que lo diferencian del razonamiento filosófico, entre las cuales se resaltan las siguientes: i) Se desarrolla en medio de un contexto con un límite motivacional y temporal: la decisión judicial que resuelve el conflicto jurídico; ii) la controversia es resuelta por una persona con *autoridad* para decidir, el juez o arbitro; iii) la argumentación está dirigida a un público determinado y pretende un fin concreto; iv) la seguridad jurídica adquiere un valor preponderante que resta intensidad al discurso retórico.⁵⁷

Bajo el modelo de la nueva retórica, se elabora el concepto de la autoridad legítima como aquella que debe estar justificada y debe ser aceptada por el auditorio. Esta autoridad legítima se refiere a la atribuida a los jueces para resolver conflictos y al legislador para la elaboración de las normas. Sin embargo, su autoridad no es absoluta, sino de grados, en la medida en que las decisiones podrán ser respetadas y obedecidas si son razonables, ya que “el ámbito de la autoridad es lo razonable”. Por lo tanto, se hace tránsito hacia un concepto más abierto que entiende a la autoridad como un argumento que busca la adhesión del auditorio particular del razonamiento jurídico, en donde el

⁵⁷ Perelman propone un modelo de razonamiento práctico basado en la argumentación, la deliberación y discusión del valor de los argumentos a partir de una nueva retórica que irrumpe contra el razonamiento teórico formal, en donde prevalece la lógica deductiva o inductiva y demostrativa. Esta nueva retórica está diseñada a partir de un razonamiento no formal deliberativo que tiene un aspecto contextual bastante importante para determinar el éxito del razonamiento a partir de la capacidad de adaptar la argumentación a un auditorio cambiante. En este caso, lo que prima no es la verdad de los argumentos, sino su fuerza, su eficacia para lograr la adhesión del auditorio. Afirma que “la argumentación es eficaz cuando el orador ha logrado convencer a su auditorio y este ha mostrado su *adhesión* a la tesis. La eficacia de la argumentación consiste pues, en la adhesión del auditorio” (como se citó en Moral, 2002, p. 44).

auditorio evalúa la fuerza de las decisiones judiciales de acuerdo con lo razonable de la argumentación.

Si bien esta concepción adquiere un valor idealista propio de la nueva retórica, en ningún momento se niega la autoridad atribuida a los jueces en el marco de la *competencia*. Por el contrario, propone matizarla reivindicando la necesidad de su legitimidad y reconocimiento. Este enfoque resulta esencial para fundamentar la función de los precedentes judiciales y su fuerza para ser aplicado, ya que siempre estará presente la legitimidad propia del precedente sometido a revisión.

El precedente judicial, finalmente, es el argumento de autoridad por excelencia en el ámbito del razonamiento jurídico. Su fundamento es también la relación persona/acto, o si se quiere juez/decisión. El valor de este argumento, el valor del precedente en el razonamiento jurídico, su fuerza más o menos persuasiva, dependerá directamente del valor del juez, de su autoridad. De esta manera la autoridad del juez sirve para fundamentar una técnica discursiva más, que permite el uso argumentativo de las decisiones judiciales. (Moral, p.61)

Perelman propone tres argumentos como fundamentos racionales de los precedentes que resultan ser de gran relevancia: i) el argumento *ab exemplo*, ii) el de autoridad y iii) el cuasi-lógico o de justicia formal. El primero da cuenta de cómo las decisiones judiciales previas ofrecen criterios para la interpretación del derecho, estos criterios interpretativos están contenidos en la *ratio decidendi* de las decisiones previas, al ser la regla que determina el significado del derecho. Lo relevante de esta postura es que deja de lado el reconocimiento del precedente como fuente de derecho para entenderlo desde el razonamiento jurídico⁵⁸. El segundo argumento, considera la influencia de los precedentes en el razonamiento jurídico de los jueces para la solución de casos futuros, esta influencia está determinada por la autoridad y el prestigio que es reconocido a ciertos órganos judiciales, como a los máximos tribunales, y está determinada por su nivel de obligatoriedad dentro del sistema jurídico⁵⁹.

⁵⁸ Esta posición permite mostrar la semejanza entre los sistemas de derecho común y de derecho civil en donde se reconoce la relevancia de facto de los precedentes en la medida en que ofrecen ejemplos de cómo interpretar el Derecho. Así, el valor del precedente no se encuentra en su atributo de autoridad si no en su función de justificación de decisiones.

⁵⁹ Como es sabido, este modelo de autoridad incluye la posibilidad de rechazar las decisiones que puedan ser consideradas incorrectas o inaceptables dentro de una comunidad jurídica, por lo cual es posible el cambio o apartamiento del precedente.

El tercer argumento, denominado de justicia formal, establece la aplicación de la *regla de justicia formal* que consiste en que situaciones iguales sean tratadas de manera semejante. Esta regla ha sido considerada por muchos autores como el primer requisito de la racionalidad y constituye el fundamento principal para aplicar los precedentes, ya que es una exigencia moral tratar de forma similar casos iguales⁶⁰. Su función y alcance normativo parte de su planteamiento como una “*regla de universalidad*” que debe estar enunciada en términos universales para permitir ser el fundamento de decisiones futuras. MacCormick (1976) lo denomina como ‘*Back y forward looking*’, en donde el juez debe sostener siempre la ‘mirada hacia atrás’, ya que debe decidir de la misma forma en la que decidió con anterioridad casos semejantes, y al mismo tiempo, ‘la mirada hacia adelante’, que plantea la necesidad de decidir los casos de hoy según razones que yo querré adoptar para las decisiones de futuros casos similares (*ibídem*, p.137), así:

La noción de justicia formal requiere que la justificación de decisiones en casos individuales esté basada siempre en una proposición universal que el juez está preparado a adherir como base para determinar otros casos semejantes y decidirlos de la misma manera que el caso presente.⁶¹

Por lo tanto, esta regla debe estar formulada de tal forma que pueda ser aplicada a casos iguales, pues únicamente las normas universales pueden ser utilizadas en casos futuros. Es claro entonces que cuando un juez hace referencia a una decisión anterior lo hace es a la regla universal contenida en dicha decisión. Además, según Perelman, esta regla debe ser complementada con el *principio de inercia*, según el cual, es necesario distinguir casos que no merecen el mismo tratamiento jurídico.

Por su parte, Roberth Alexy (2018) en su teoría del discurso jurídico⁶², retoma el principio de universalidad a partir de la definición de la siguiente regla fundamental: “todo hablante que aplique

⁶⁰ Moral Soriano distingue el aspecto lógico o formal del aspecto moral de la regla de justicia, para dar cuenta de una distinción entre dos niveles de racionalidad: la racionalidad interna y externa de la argumentación jurídica. Mientras que el elemento formal se manifiesta absolutamente relevante en la justificación interna de las decisiones, el elemento de la moral lo será para la justificación externa.

⁶¹ N. MacCormick, “Formal Justice and the form of legal arguments”, en *Etudes de logique juridique*, Ch. Perelman (ed), Bruxelles, 1976, p.113. También en “*legal reasoning and legal theory*, p.98-99...La exigencia de universalidad debe entenderse en un sentido lógico, es decir, debe ser universal, en su forma y ofrecer el siguiente modelo: para todo $f_1, f_2, \dots, f_n > j$ ”. Así mismo, en su libro “*Legal reasoning and legal theory*” (1978), MacCormick establece que una adecuada comprensión de los precedentes es solo posible desde el punto de vista de la justificación (de las decisiones judiciales). Esta idea de justificación encuentra su primer y elemental requisito en la universalidad de los enunciados. p.155, 162.

⁶² Alexy adapta la teoría del discurso de Habermas al campo del derecho, proponiendo la *tesis del caso especial*, a partir de la cual, relaciona la deliberación jurídica con el discurso práctico general. El objeto de su teoría de la

un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”⁶³, además “todo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría en todas las situaciones iguales en todos los aspectos relevantes” (p. 185).

Para este autor el razonamiento jurídico es una actividad de justificación de normas, esto es, “de fundamentación de la validez de los enunciados normativos”, así, los jueces deciden de acuerdo con el derecho (leyes, precedentes, costumbre...) pero sin perder su conexión con la moral. El centro de su modelo se encuentra en la justificación de las decisiones judiciales, que solo será correcta y racional si atiende a las reglas de la argumentación en el aspecto procedimental, las cuales pretenden garantizar la corrección del procedimiento y al mismo tiempo, el contenido de la decisión, para evitar la irracionalidad del discurso jurídico. Para este autor, la argumentación jurídica es, sin embargo, un caso especial del razonamiento práctico, porque se adaptan las condiciones reales del discurso las situaciones de modo, tiempo, participantes, y se introduce el Derecho como elemento de decisión

A partir de lo anterior, Moral Soriano sitúa el principio de justicia formal como el fundamento de la racionalidad jurídica y como una garantía para la corrección de la argumentación, tanto desde su aspecto lógico-formal como desde su aspecto moral. Para desarrollar esta tesis, la autora recurre a la distinción entre el *nivel interno de la justificación jurídica* y el *nivel externo de la justificación* definida dentro de la teoría del razonamiento jurídico - Wróblewski, Alexy y MacCormick⁶⁴-, en donde “el nivel interno de la justificación concierne la justificación lógico-deductiva de las decisiones, el nivel externo concierne a la fundamentación de las premisas utilizadas” (p. 139). Para Alexy la justificación interna concierne a la estructura de los argumentos, mientras que la externa evalúa la validez de las proposiciones normativas. A continuación, se pasa a exponer el papel de los precedentes en ambos niveles de justificación.

La autora define el aspecto lógico o formal de la regla de justicia como una estructura de justificación (de argumentación jurídica) que es formulada bajo el esquema del silogismo jurídico

argumentación es la conexión entre este discurso práctico y el discurso jurídico en el proceso judicial, en donde se utiliza la estructura propia del discurso práctico para justificar la validez de las proposiciones normativas particulares: las normas jurídicas y las decisiones judiciales.

⁶³ Regla Fundamental No. 1.3 (Teoría de la Argumentación Jurídica, p.185).

⁶⁴J. Wroblewski, *legal syllogism and rationality of judicial decisions*, ct, p.33; R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 213. (como se citó en Moral, pie de página 44)

en donde se plantea: i) una premisa mayor que es enunciada en términos universales, ii) los hechos conectados con la premisa mayor, iii) expresa la identidad semántica entre los hechos del caso y los hechos de la norma, iv) la decisión judicial. Esta estructura garantiza la universalidad de las premisas y el soporte lógico (la inferencia) entre estas⁶⁵. De lo anterior, se plantea que el precedente como ‘regla universal’ permite derivar una cadena lógico-deductiva y una serie de inferencias lógicas que dotan de consistencia consecutiva el razonamiento jurídico, en la medida en que dos casos semejantes y consecutivos en el tiempo deberán recibir el mismo tratamiento.

Además del requisito de consistencia, el núcleo de la justificación interna está en garantizar la corrección formal del razonamiento jurídico. “El seguimiento de los precedentes se revela esencial: lejos de quedar reducidos a mera oratoria, los precedentes deben considerarse razones o argumentos que incorporados al razonamiento jurídico garantizan su corrección o, siguiendo la terminología de ALEXY y PECZENICK, coadyuvan la coherencia del mismo” (Moral, p.141). Sin embargo, se sostiene que esta estructura del silogismo, aunque es necesaria, no es suficiente para justificar aquellas decisiones que no se derivan lógicamente del Derecho, situación en la cual el razonamiento jurídico presentaría pasos no deductivos. Como afirma el teórico polaco Peczenick:

La solución de muchos casos no se sigue deductivamente de las leyes y/o otras fuentes del Derecho, incluidas las ya establecidas reglas no escritas y los principios, junto con la descripción de los hechos del caso. En estos casos, el jurista tiene que elegir la solución que el considera la mejor desde el punto de vista jurídico. El tiene que realizar una transformación de un nuevo tipo, que será denominada “decisión-transformación” (como se citó en Moral, 2002, p. 142)

Siguiendo a Peczenick, si la estructura del silogismo simple no permite llegar a una solución del caso, será necesario acudir al silogismo sofisticado o complejo, en donde se daría una transformación del razonamiento jurídico a través de las formas de decisión-transformación⁶⁶. Este

⁶⁵ Estamos de acuerdo con lo afirmado por Peczenick en que la generalidad es una cuestión de grados, en la cual la universalidad es el grado más alto. “Grundlagen der juristischen argumentation”, View-New York, 1983, p.167.

⁶⁶ El autor considera que se pueden presentar cuatro formas de decisión-transformación por parte del interprete o juez: i) de *interpretación precisa* cuando la norma universal *T* esta formulada de manera vaga, ambigua o abierta y el juez debe acudir a otras normas que aclaren, concreten o determinen el significado de *T*, ii) de *eliminación o reducción* cuando la consecuencia de la aplicación de una premisa mayor a los hechos no puede ser aceptada desde el punto de vista jurídico, el juez deberá o reducir su significado o apartarse de la mencionada norma, iii) de *creación de nuevas normas*, cuando una norma universal no puede ser utilizada como fundamento directo de la decisión el juez deberá crear una nueva norma, iv) de *solución de conflictos*, el juez crea una norma ante un conflicto entre principios, entre

tipo de silogismo combina el aspecto lógico-deductivo, a partir de la incorporación de una serie de premisas que permitan realizar inferencias lógicas correctas, y el aspecto justificativo, a partir del cual, las premisas deben estar justificadas por un conjunto de subpremisas que expliquen el significado de las primeras y refuercen la inferencia lógica. Estas nuevas premisas pueden ser elaboradas por el juez o ser extraídas de los precedentes judiciales⁶⁷. Este nuevo panorama permite afirmar que puede suceder que un precedente no dé lugar a una cadena lógico-deductiva pero que sí sirva como instrumento que garantiza la corrección de las inferencias, esto es, de la justificación jurídica.

Esta estructura formal de la regla de justicia ha recibido amplias críticas dentro de la teoría de la argumentación jurídica, ya que podría llevar al extremo de reducir la interpretación jurídica a una actividad mecánica o a la defensa de una adhesión rígida a los precedentes, de manera que fuera imposible su modificación o abandono. O al extremo de justificarse el seguimiento de precedentes injustos. Para dar respuesta estas objeciones, que en últimas no superan la relevancia de la regla de justicia como fundamento del uso argumentativo de los precedentes, la autora recurre al ‘aspecto moral’ de la regla de justicia, que se encuentra en el segundo nivel de la justificación jurídica: la justificación externa.

Como se indicó, la justificación externa consiste en evaluar el nivel de racionalidad de la validez de las premisas que son utilizadas en el razonamiento jurídico. Desde este nivel, los precedentes judiciales son concebidos como buenas razones para justificar una decisión judicial, en la medida en que realizan el principio de igualdad formal. Ahora bien, en contraposición a este principio de igualdad, el ‘aspecto moral’ de la regla de justicia reformula el *principio de inercia* de Perelman, según el cual casos o sujetos semejantes pueden recibir un tratamiento distinto si se aportan razones para ello. Este principio permite la divergencia de los precedentes a partir de un cambio de criterio que debe ser justificado y motivado, caso en el cual, prima la coherencia gradual del razonamiento en lugar de la exigencia de consistencia de las decisiones judiciales.

reglas o entre reglas y principios. A. Peczenik, “*The foundation of legal reasoning*”, p.152. (como se citó en Moral, p.142-144),

⁶⁷ El uso de los precedentes (de sus reglas de interpretación, eliminación, reducción o solución de conflictos) permite, por lo tanto, completar la cadena lógico-deductiva, es decir, justificar los saldos en el razonamiento mediante la composición de largas y complejas cadenas lógicas (*Ibidem*, p. 144)

Como bien plantea la autora, el uso divergente de los precedentes, esto es, el abandono o modificación de los precedentes, constituye una práctica racional que contribuye a la coherencia del razonamiento jurídico. Para que ello sea posible se deberá garantizar una *regla sobre la carga de argumentación* y un *criterio de coherencia* que oriente la argumentación de la divergencia como criterio moral. De esta forma, los criterios interpretativos contenidos en los precedentes no podrán rechazarse sin brindar un motivo suficiente, “en otras palabras, el cambio de criterio interpretativo, al contrario que el seguimiento, si exigirá una justificación racional. La exigencia de justificar el cambio de criterio ha sido denominada por Alexy la regla de la carga de argumentación” (Moral, p.148)⁶⁸. Esta divergencia de un precedente implica argumentar a favor de un nuevo criterio interpretativo, para lo cual se deberá garantizar la coherencia de las razones y argumentos (tanto institucionales o no institucionales) que apoyan el nuevo criterio argumentativo. La coherencia de la argumentación solo será posible si se cuenta con un sistema de proposiciones coherentes, unos participantes que sostienen razones o argumentos y un procedimiento discursivo que garantice la corrección de la argumentación, como el elaborado por Alexy.

En este orden de ideas, partiendo de que es imposible aceptar la previsibilidad de todas las decisiones judiciales, se defiende lo sostenido por Moral Soriano de que constituye un requisito mínimo para la actividad judicial garantizar la justificación racional de las decisiones, mediante la adopción de un modelo de razonamiento eminentemente justificativo o argumentativo que permita defender un esquema de vinculación relativo a los precedentes. En este modelo, los precedentes reciben un uso argumentativo que llena de consistencia y de coherencia el razonamiento jurídico.

En síntesis, como toda decisión judicial debe estar debidamente motivada, los precedentes son argumentos que vienen a fundamentar una decisión concreta, como premisa mayor dentro del silogismo jurídico de la estructura de la argumentación realizada por los jueces. Es innegable que en el modelo de razonamiento jurídico se mantiene el silogismo jurídico como una característica principal que permite la corrección lógico formal del razonamiento, pero, esta característica debe complementarse con lo razonable de las proposiciones normativas elegidas para justificar la decisión, las cuales serán evaluadas a partir del contenido argumentativo desarrollado por el juez.

⁶⁸ Regla J.14. Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

2.1 El Precedente Constitucional como Razonamiento Jurídico

Los precedentes consolidados por las Altas Cortes adquieren gran relevancia dentro del razonamiento jurídico que realizan los jueces de instancia, al momento de decidir el derecho⁶⁹. La interpretación judicial estabilizada en una norma que ha sido realizada por el máximo tribunal constitucional tiene preferencia sobre otras posiciones hermenéuticas y debe prevalecer frente a ellas. Sin embargo, los jueces podrán apartarse siempre que justifiquen suficientemente la no aplicación del precedente.

La Corte Constitucional ha adoptado un modelo argumentativo del uso de los precedentes bajo el modelo del razonamiento jurídico práctico. Esta postura se encuentra implícita en el discurso jurídico de la decisión judicial dentro de la cual convergen argumentos racionales basados en la ley, la dogmática jurídica y el precedente aplicable, y a su vez, en la importancia de la argumentación práctica general para el discurso jurídico, pues como se indicó “la argumentación jurídica puede por ello verse como una forma especial de la argumentación práctica general” (Alexy, p.278). En distintas sentencias se evidencia la importancia que adquiere el razonamiento jurídico para la práctica judicial y constitucional en nuestro país, en el cual, el precedente aplicable se presenta como un argumento de peso y con autoridad con fuerza gravitacional para decidir los casos⁷⁰. Entiéndase por precedente aplicable “aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce 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” (Sentencia T-292 de 2006, num. 26).⁷¹

En la Sentencia SU-047 de 1999, el máximo tribunal establece la exigencia de los jueces de decidir los problemas jurídicos a partir de la identificación del principio general o regla universal aceptada en casos anteriores, partiendo de la exigencia de universalidad de la argumentación jurídica, la

⁶⁹ Muchos autores han sostenido la fuerza vinculante de los precedentes sentados por los máximos tribunales de cada ordenamiento jurídico. Michele Taruffo sostiene que “entre más alto sea el nivel de la corte que profiere el precedente, más autorizadas son sus decisiones”, y que “las verdaderas cortes del precedente son las cortes supremas, cuyas decisiones se imponen a todos los órganos judiciales de grado inferior” (p.127). En todo caso, el precedente vertical tiene una mayor fuerza persuasiva, que el precedente horizontal.

⁷⁰ De la lectura de la jurisprudencia, siempre que se abordan sentencias de constitucionalidad o de tutela, se evidencia la relevancia del valor de los precedentes para el máximo tribunal, quien suele construir líneas jurisprudenciales dentro de las mismas sentencias citando la *ratio decidendi* prevalente, para motivar la decisión del caso objeto de estudio.

⁷¹ Se acepta que lo único que adquiere fuerza de precedente es la parte considerativa de las providencias que establece la regla jurídica de la decisión, denominada *ratio decidendi*.

cual es “tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática”.⁷² Lo relevante de esta sentencia en cuanto a la importancia del razonamiento práctico en nuestro sistema de interpretación es que referencia las tesis de doctrinantes como Wechsler, quién plantea que “los jueces deben decidir sus casos con base en “principios neutrales y generales” (como se citó en la SU-047 de 1999, num. 50). En esta misma providencia se cita a Perelman y MacCormick que direccionan “al respeto que deben tener los jueces por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales” y la tesis de Robert Alexy, “según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal” (SU-047 de 1999).

En el trascendental salvamento de voto presentado por el Magistrado Eduardo Cifuentes en dicha decisión, se plantea que el mecanismo del precedente surge como “uno de los requisitos esenciales (si no el requisito principal) de la argumentación jurídica en general, y, de la interpretación constitucional en particular”. Este encuentra su fundamento en el principio de universalidad, como requisito esencial de la racionalidad de las decisiones judiciales y se convierte en el centro de la legitimidad de la justicia constitucional⁷³, en la medida en que permite el control de la opinión pública sobre la corrección (racionalidad) de las sentencias constitucionales:

La legitimidad de los jueces depende, en última instancia, de la racionalidad de sus decisiones y, por ende, del respeto que otorguen al principio de universalidad. Los tribunales constitucionales, encargados de defender la integridad y supremacía de las cartas constitucionales y, por tanto, dotados del poder de interpretar e imponer, como instancia final y definitiva, el sentido de las normas de la Constitución Política. La estructura semántica de las disposiciones constitucionales, su "textura abierta" y su distinta raigambre axiológica, así como la posición de los tribunales constitucionales en las sociedades contemporáneas como árbitros finales del proceso político (Ely), determinan que los máximos jueces constitucionales se encuentren sometidos a una situación en la

⁷² Como afirma Diego López, “el principio de universalización hace que la doctrina del precedente tenga un componente ‘ético’. Se trata de una práctica jurídica exigida por principios básicos y bien aceptados de razonamiento práctico” (2006, p. 66.)

⁷³ Eduardo Cifuentes, sostiene que este principio, fundado entre otras cosas en el primer imperativo categórico kantiano (“Haz sólo aquello que al mismo tiempo puedas querer se convierta en ley universal”), se traduce, a nivel de la argumentación jurídica, en la necesidad de que el juez sólo adopte aquellas decisiones que, en el futuro, esté dispuesto a aplicar a casos similares. En efecto, cuando, en el proceso interpretativo, el juez debe adoptar una de las múltiples elecciones que se derivan de la combinación de los hechos del caso que debe resolver con la normatividad y la jurisprudencia vigentes, la racionalidad de su elección sólo puede ser “controlada” a partir de los dictados del principio de universalidad de la decisión judicial.

cual el espacio de lo discursivamente posible y, en consecuencia, el ámbito de las decisiones eventuales, es mucho más amplio que el que manejan los jueces ordinarios. (Num. 18).⁷⁴

Un tribunal constitucional que no sea consistente con sus decisiones anteriores “hace nugatorio el único control efectivo al que se encuentra sometido: el control de la opinión pública” (SU 047 de 1999, num. 20). Se resalta entonces, la necesidad de que la Corte Constitucional sea bastante cautelosa al momento de variar su jurisprudencia, ya que las decisiones constitucionales traen grandes implicaciones sociales y políticas, debido al estrecho margen que separa el derecho de la política, y dada las consecuencias que puede generar una decisión que presente un cambio de jurisprudencia injustificado⁷⁵.

Asimismo, en la Sentencia T-309 de 2015, de la mano del tratadista John Bell, la Corte Constitucional justifica el valor del precedente de la siguiente forma:

la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: ‘tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes’ y ‘exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante’. (num. 4.4.1)⁷⁶

⁷⁴ Por esta razón, Alexy ha manifestado que “llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universabilidad” (R. Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, p. 264) o, como lo ha señalado Aarnio, “no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente” (A. Aarnio, Lo Racional como Razonable, p. 260). *Ibidem*, pie de página 82.

⁷⁵ Los precedentes, de hecho, podrían constituir importantes factores de racionalización, de uniformidad, de predictibilidad y de igualdad de tratamiento en la incontable cantidad y variedad de casos que son decididos por las cortes. Para que esto suceda, sin embargo, es necesario que los precedentes como tal no sean a su vez un elemento de desorden y de variación causal ligada a la especificidad de los casos concretos. Se requiere entonces que se trate de precedentes en sentido propio, y por ende que se presenten en ellos los caracteres distintivos de “unicidad”, autoridad e influencia en función de los cuales dichos precedentes puedan emerger del caos indistinto de la praxis judicial. (*Ibidem*, p. 99)

⁷⁶ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) *English Private Law*, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. *Revista de derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008).

En ese mismo sentido, la Corte afirmó en la Sentencia C-634 de 2011 que la coherencia de las decisiones judiciales se logra por medio del carácter unificador y ordenador de las subreglas creadas por los altos tribunales y a través de:

la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado. (num.11.3)

Es así como el máximo tribunal fundamenta el uso de los precedentes constitucionales bajo las teorías del razonamiento jurídico práctico, centrando su funcionalidad a partir de la garantía del principio de justicia formal (entendido bajo la regla de universalidad) para justificar el seguimiento de los precedentes y de la carga de la argumentación para justificar el apartamiento de estos (similar al principio de inercia de Perelman).

3. Acercamiento Teórico a los Elementos que Componen los Fallos Judiciales: La *Obiter Dictum*, La *Ratio Decidendi*, La *Decisum*

La jurisprudencia constitucional ha realizado en varias oportunidades la distinción fundamental entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, con el fin de especificar cuáles de los elementos de una sentencia resultan vinculantes; identificando para cada uno diferentes alcances normativos y efectos jurídicos. Estas distinciones conceptuales han sido recogidas de las teorías tradicionales del sistema del *common law*, así como de autores realistas y prerealistas angloamericanos como Jhon Salmond (1924), John Chipman Gray (1921), Austin (1885), Morgan (1926), Arthur Goodhart (1930), para adaptarla a nuestro contexto constitucional.

A continuación, se realiza una descripción en términos muy generales, de las concepciones que han sido adoptadas a nivel doctrinario y jurisprudencial de estos componentes⁷⁷. Cabe señalar que no se abordará a profundidad, por no ser objeto del presente trabajo, los intensos debates que se

⁷⁷ Esta división de la sentencia en tres elementos básicos o componentes fue diferenciada desde las tempranas Sentencias C-131 de 1993 y C-037 de 1996; y han sido objeto de análisis estático por parte de la jurisprudencia constitucional.

han suscitado dentro de la teoría del derecho sobre estas distinciones, interpretadas a la luz de distintos enfoques tanto en los sistemas del *comon law* como del *civil law*.

3.1 Definición Dogmática de *Ratio Decidendi*

La *ratio decidendi*, latín que traduce ‘razón para decidir’, ha sido comprendido dentro de la teoría jurídica como aquella proposición jurídica en la que se basa la decisión de un tribunal. Según Rupert Cross y J.W Harris (2012), dentro de la doctrina del precedente judicial, la única parte de la decisión anterior que se considera vinculante es la *ratio decidendi*, en la medida en que “no todo lo manifestado por los jueces en la sentencia constituye un precedente. Entre todas las proposiciones de Derecho enunciadas por el juez, únicamente se consideran parte de la *ratio decidendi* aquellas proposiciones que parezcan haber sido consideradas por el cómo (sic) necesarias para su decisión. Lo demás será *obiter dicta*” (p. 63).

En este sentido, es necesario aceptar que la relevancia del precedente judicial no se deriva de todo el contenido de la sentencia, sino de una parte específica de la misma: la *ratio decidendi* o como solemos llamarla en el derecho colombiano, la subregla o regla de derecho. Por lo tanto, únicamente tendrá valor de precedente la subregla establecida dentro de una sentencia que constituye el fundamento de la decisión, la razón de ser de la decisión. Diego López Medina (2006) afirma que “solo se debe otorgar valor precedencial a aquellas expresiones o proposiciones de la sentencia que sean necesarias para explicar el resultado o decisión concreta basado en los hechos del caso” (p. 232)

De acuerdo con el jurista italiano Michelle Tarrufo (2015), lo primero que se debe tener en cuenta cuando se habla de precedente judicial es determinar lo que es considerado en sentido propio como precedente, esto es: “aquella parte de la sentencia a la cual se hace referencia para derivar de ella la regla de juicio aplicable al caso sucesivo” (p. 90). El autor señala que la doctrina del precedente distingue claramente la *ratio decidendi* de la *obiter dictum*, considerando a la primera como la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y la segunda, como todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. Así, la *ratio* es formulada como una máxima que contiene una regla jurídica, y que al abordar la interpretación de un dictado textual deriva un contenido más específico; por lo cual,

siempre son formuladas como reglas que se caracterizan por ser enunciaciones de contenido preceptivo.

Como se vio en el capítulo anterior, desde la teoría de la argumentación jurídica y el modelo de razonamiento jurídico, una comprensión bastante generalizada de la subregla de derecho es ser una *regla universal*, como una premisa mayor, la cual puede ser lo suficientemente específica como para derivar las consecuencias de esta al caso particular. En esta dirección, para la profesora Marina Gascón (2011) el precedente judicial es el “criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros” (p.133). Asevera que no toda afirmación de una sentencia vincula como precedente, sino exclusivamente su *ratio decidendi* o fundamento.

De acuerdo con el doctrinante Pierluigi Chiassoni, el precedente judicial puede ser entendido como precedente-ratio decidendi consolidada o precedente orientación, la cual corresponde a “*la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora,(...)*” (como se citó en Sentencia SU- 230 de 2015, 2.5.1).

Ahora bien, la discusión sobre quién define cuál es la *ratio* de un fallo judicial ha tenido diferentes posiciones dentro de los teóricos del derecho. Para algunos autores, serán los jueces del futuro quienes determinen a partir de la interpretación de los enunciados hechos por el juez del caso anterior, cuál fue la razón de peso para decidir en cierto sentido y no en otro. Por el contrario, otros juristas sostienen que es el juez que decidió el caso del pasado quién especifica la regla que determina la premisa mayor para resolver el problema jurídico.

Dentro de la primera tesis encontramos autores como el profesor Thomas de Rosa de Bustamante (2014), quien sostiene que el proceso interpretativo realizado por el juez del presente permite extraer una regla de las premisas contenidas en la fundamentación de la decisión que es tomada como precedente judicial. Por lo cual, el sentido de la norma no es previamente dado, sino construido hermenéuticamente tanto por las partes como por el juez para fundamentar sus propias decisiones. En esta misma línea, Pablo Moreno Cruz (2014) afirma que:

se trata de una norma que, a fin de cuentas, y, entonces, más allá de la declamación del juez del *pasado*, es identificada por el actor jurídico del presente, principalmente el juez del *presente*, quien considera que, a partir del análisis de la sentencia, la que el identifica como la *ratio decidendi* de la sentencia del pasado es, efectivamente, la *ratio decidendi* porque, según su análisis, la misma constituye la premisa normativa del silogismo decisonal. (p. 62)

Incluso, autores como el profesor Sierra Sorockinas (2016), quién adopta una definición de precedente a partir de la teoría analítica del derecho, afirman que el precedente es una creación de lectura, en la cual, el juez que lee la sentencia anterior determina qué es lo relevante, estableciendo cuál es la regla de derecho que será considerada como precedente.

Son aquellas razones (que hacen parte de la sentencia que expone un juez para sustentar su decisión judicial (la *ratio decidendi*). Que son tomadas por otro juez u otro operador jurídico para aplicarlas a un nuevo caso, por la similitud de lo que se discute. (p.253)

Por su parte, la segunda tesis planteada, preponderante dentro de la teoría normativa del derecho, presenta un enfoque más pragmático que permite explicar la operatividad del sistema jurídico. Esta concepción de la *ratio decidendi* establece que las sentencias ya contienen una subregla que es establecida por el juez del pasado que decidió el caso. Según Quinche Ramírez (2020), la *ratio decidendi* “consiste en un enunciado correcto, contenido en la sentencia, que define el caso o el pleito, mediante la formulación de una regla (es decir, de un enunciado normativo especial que manda, permite o prohíbe algo), cuya aplicación genera la decisión o el resuelve del caso” (p. 26).

Por su parte, Barreto y Pulido (2016) afirman que “los precedentes judiciales son las normas jurídicas originadas en decisiones judiciales, que deben ser aplicadas en virtud de la RP” (p. 68). Esta definición reconoce el poder normativo de algunos jueces (máximos tribunales) de crear, modificar y derogar normas jurídicas de carácter general y abstracta. Este poder de creación del derecho esta intrínsecamente relacionado con la teoría del precedente ya que la creación judicial de normas generales suele asociarse a la carga de la justificación de las providencias.

De todas formas, “aunque es indudable que la *ratio decidendi* de un caso anterior necesariamente tiene que extraerse del lenguaje que el juez utilizo (sic) para decidir tal caso, es claro que, por lo menos en cuanto se refiere al significado de las palabras, el intérprete tiene casi tanto que decir como el juez que formulo (sic) la regla” (Cross y Harris, p. 65). Esta labor interpretativa está presente en la teoría del razonamiento jurídico, de acuerdo con Moral Soriano (2002), este

descubrimiento de la *ratio decidendi* corresponde a una actividad interpretativa y reconstructiva para identificar los criterios jurídicos utilizados por el juez o tribunal para decidir el caso concreto.

De todas formas, la discusión parece instalarse en la importancia de la labor interpretativa que corresponde a los jueces futuros con respecto a los casos del pasado, quienes tienen el deber de someterse a las reglas establecidas por la práctica judicial para identificar de una manera correcta y cuidadosa las razones de derecho que soportan una decisión. Para Rupert Cross y J.W Harris existen unas reglas ineludibles para determinar la existencia de un precedente judicial, que son: i) los fallos deben leerse a la luz de los hechos del caso en el cual fueron pronunciados (casos similares deben ser decididos de manera similar), ii) los fallos deben leerse a la luz de las sentencias dictadas en otros fallos (interpretar las afirmaciones realizadas por el juez a la luz del *case law* preexistente). De esta forma, en las situaciones donde no se exponga explícitamente la *ratio decidendi*, esta se puede extraer a partir del análisis de los hechos y de la decisión final. Siendo principal la estructura del silogismo para este ejercicio, la premisa mayor sería la regla de derecho que constituye la *ratio decidendi* y los hechos constituyen la premisa menor.

Estas posturas dan cuenta de la vigencia de los planteamientos teóricos realizados por Arthur Goodhart en el siglo XX frente al valor del precedente⁷⁸. Este consideró que, para encontrar el ‘principio de un caso’, se debía remitir al análisis de los hechos y a la decisión concreta como elementos principales para la identificación de la *ratio*. “En la metodología de GOODHART la *ratio* es aquel argumento que lleva o puede llevar de ciertos hechos a la decisión concreta del caso” (López, 2006, p. 255). Para este autor, más que la enunciación expresa de la *ratio*, prima la relación entre hechos materiales, relevantes o claves del caso y su resolución o disposición concreta. Así, los patrones fácticos de los fallos permiten identificar la línea jurisprudencial. Aunque el modelo de Goodhart tiene algunas dificultades, que han sido esbozadas por autores como López Medina, como, por ejemplo, frente a su aplicación en las *sentencias de constitucionalidad abstracta*; este modelo ha sido adoptado de manera mayoritaria por las Altas Cortes, quienes en sus técnicas argumentativas de los precedentes judiciales se basan en el análisis en los hechos materiales del caso.

⁷⁸ El desarrollo teórico de Goodhart se remonta a 1930 con su artículo *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 Yale Law Journal 161,162.

Además, un rasgo característico del razonamiento con precedentes implica el análisis de la norma en su versión concretada (norma-decisión). A diferencia de los doctrinantes o catedráticos, los jueces no indagan por un significado normativo en abstracto o “por una interpretación orientada a los textos”, por el contrario, “se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de cierta norma” (Guastini, como se citó por Gimeno, 2000, p.327). Por lo cual, resulta fundamental tanto la relación de las fuentes normativas como la calificación de los hechos.

En todo caso, consideramos que una correcta interpretación deberá dar cuenta de la razón correcta que sirvió para decidir los hechos materiales objeto de debate dentro de un proceso judicial. Que la subregla sea definida por el juez del pasado, no significa que el juez del futuro realice siempre y en todos los casos una correcta identificación e interpretación de esta. Pueden presentarse situaciones en las cuales los intérpretes identifiquen proposiciones normativas que no se corresponden con el fundamento de la decisión. Asimismo, pueden darse casos en donde el juez del pasado no definió de manera clara una subregla y esto permite gran libertad para los intérpretes al momento de decidir casos futuros. Sin embargo, consideramos que la labor interpretativa del juez posterior no puede quedar al arbitrio, cuando selecciona de manera subjetiva los párrafos de una sentencia que consideran relevantes, y darle valor de precedente a lo que no constituye tal naturaleza. En estos casos, es un imperativo acceder a las técnicas del razonamiento jurídico para identificar de manera correcta y razonable el fundamento de la decisión.

Igualmente, se han planteado que pueden existir distintas *ratio decidendi* dentro de una misma decisión judicial, que puede ser posteriormente precisada por el juez posterior. Para el profesor Thomas de Rosa “si se define la *ratio decidendi* como una norma universalizable que puede ser extraída de un precedente judicial, se percibe que en la mayor parte de los casos se puede encontrar no solo una, sino diversas *ratio decidendi*, que pueden presentar grados diferentes de vinculatividad en casos futuro” (p. 120)

3.2 Definición de *Ratio Decidendi* por parte de la Jurisprudencia Constitucional

Desde sus primeros años de funcionamiento, la Corte Constitucional identificó la importancia de determinar la *ratio decidendi* como la proposición normativa de la parte motiva de las sentencias que gozaba de carácter vinculante. Denominada inicialmente como ‘*cosa juzgada implícita*’ o

‘*ratio iuris*’⁷⁹, designaba los fundamentos contenidos en la sentencia que tenían una relación estrecha o nexo causal con la parte resolutive, los cuales debían ser observados por las autoridades y tenían la función de corregir la jurisprudencia.⁸⁰

La definición del precedente se abrió camino a partir de la identificación de la *ratio decidendi* de los fallos de control abstracto constitucionalidad, en los cuales, sólo tendría fuerza vinculante los conceptos consignados en las consideraciones que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; esto es, “aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.⁸¹ Los fundamentos de la *cosa juzgada implícita* de este tipo de sentencias, se encontraron en el artículo 241 y 243 de la Carta, que facultan a la Corte para velar por la guarda y supremacía de la Constitución (como norma de normas, artículo 4), y expedir fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional con carácter *erga omnes*.

Ahora bien, en cuanto a los fallos de control concreto de constitucionalidad que se promulgan a través de las sentencias T y SU, desde la Sentencia C-104 de 1993 se planteó que:

aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.
(p.11)

Sin embargo, solo a partir de la Sentencia SU-047 de 1999, se empieza a hablar con mayor prevalencia del término *ratio decidendi*, definiéndola como “la formulación general, más allá de

⁷⁹ Distinta de la ‘*cosa juzgada explícita*’ que constituye la parte resolutive de las sentencias, con carácter de fuente obligatorio para el juez). Como se vio en el primer capítulo, desde los primeros años de jurisprudencia se superó la posición que solo le asignaba carácter vinculante a la parte resolutive de los fallos.

⁸⁰ Definida en la Sentencia C-131 de 1993 como “los conceptos de la parte motivan que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos” (p.16)

⁸¹ Es así como, desde sus inicios, la Corte considero que no solo la parte resolutive gozaba del carácter vinculante, sino que este también debía ser reconocido de la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad, afirmando que “considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación -guardiana de la integridad y supremacía de la Carta-, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución.” (p.17)

las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” (p.53)⁸². La Corte resalta que toda actuación judicial debe estar fundamentada en *criterios de razonabilidad* y no en ‘criterios ad hoc, caprichosos y coyunturales’. Para ello “el juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto, pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta” (num. 50). Este deber nace del principio de universalidad de la argumentación jurídica, que fundamenta la aplicabilidad del precedente judicial, como ya se vio en capítulos anteriores.

Frente a la identificación de la *ratio decidendi*, el máximo tribunal ha insistido en lo inconveniente de atribuir este papel a cualquier principio o regla, pues esto legitima la desaparición de la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir. Sin embargo, ha explicado que los jueces posteriores o el mismo juez en casos ulteriores, puede precisar el alcance verdadero de una *ratio*, dando aplicabilidad a las técnicas de modulación de la fuerza vinculante del precedente por parte del juez posterior, como es el "distingue" (*distinguishing*), restringe (*narrowing*) su alcance, amplía su alcance, determina la verdadera doctrina vinculante, entre otras.⁸³ Además de lo anterior, la evolución de la *ratio decidendi* se puede ir perfeccionando en el futuro por parte de los órganos de unificación jurisprudencial, a través de la correcta interpretación del derecho.

⁸² En esta sentencia, precisa la distinción vigente en la terminología de los sistemas del Common Law: “siguiendo en parte la terminología de los sistemas del Common Law, que es en donde más fuerza tiene la regla del "stare decisis", y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces "decisum", la "ratio decidendi" (razón de la decisión) y los "obiter dicta" (dichos al pasar)...Por ello, en el sistema del Common Law es claro que el precedente vinculante es la ratio decidendi del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares” (p. 53)

⁸³ Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior "distingue" (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares, pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la ratio decidendi del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara (*Ibidem*, num. 52)

De acuerdo López Medina (2006), la jurisprudencia constitucional desarrolló las siguientes reglas para la identificación de la *ratio decidendi*:

en primer lugar, que la extracción de la *ratio decidendi* puede ser compleja y que depende en gran parte por los intérpretes posteriores. En segundo lugar, se reconoce que este ejercicio es altamente hermenéutico y no depende necesariamente de párrafos explícitos de la sentencia que se considera precedente. En tercer lugar, es evidente que la Corte acepta una metodología de identificación de la *ratio*, basada en la correcta identificación y utilización de los hechos materiales de la sentencia. Según esta interpretación de la amplitud de la *ratio* contenida en una sentencia depende (i) de los hechos que se consideren materiales del fallo y (ii) del sentido del fallo. (p. 248)

En distintas providencias se ha reiterado la distinción entre los llamados *obiter dicta* o ‘afirmaciones dichas de paso’, y la *ratio decidendi* o ‘fundamentos jurídicos suficientes’, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. La Corte resalta que esta distinción teórica no es unívoca y que además no resulta tan clara en cada uno de los casos. Pese a ello, considera que la interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión es una labor interpretativa de los jueces, especialmente de las Altas Cortes, quienes tienen el deber de plantear de manera adecuada y explícita en el texto de la providencia estos principios⁸⁴.

En sintonía con la teoría de Goodhart, el máximo tribunal le atribuye gran importancia a la determinación de los hechos materiales del caso con el fin de identificar de manera correcta el principio o regla que fundamenta la decisión, para evitar interpretaciones erradas o sobreinterpretaciones. En la Sentencia T-1317 de 2001 se hace alusión tangencial a estas características:

El precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. (num. 6).

⁸⁴ La *ratio decidendi* no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y, por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión. (Sentencia C-836 de 2001, num.22)

En este sentido, aunque se establezca correctamente la *ratio decidendi* de una sentencia de constitucionalidad o de una de tutela, es imperativo definir el contenido específico de la ratio o aquello que controla la sentencia, para determinar si puede ser aplicada en la resolución del caso posterior. Por lo tanto, los jueces deberán tener presente los siguientes elementos:

- i. En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.
- ii. La *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.
- iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. (Sentencia T-292 de 2006, p.45)

Ahora bien, se ha planteado una distinción entre los conceptos de ‘precedente judicial’ y ‘ratio decidendi’, figuras que, por regla general, han sido interpretadas en un mismo sentido. Se afirma que: “el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s)” (Sentencia T-292 de 2006, num. 25).⁸⁵ Sin embargo, esta distinción resulta ser un poco confusa y redundante, pues es aceptado que lo vinculante de un precedente judicial es la *ratio decidendi* de las sentencias previas, bien sea de una sentencia previa que haya definido una regla de derecho que pueda generalizarse a otros casos similares o de varias sentencias de reiteración del precedente⁸⁶. La Corte

⁸⁵ Para dar cuenta de esta relación, se mencionan distintas sentencias que han sido enfáticas en plantear la cuestión: Así, en la Sentencia SU-047 de 1999 se recogieron estas consideraciones al sostener que el “precedente vinculante es”, por consiguiente, “la *ratio decidendi* del caso”, que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares (p.44). La T-960 de 2001 concluyó a su vez que “únicamente se forma precedente a partir de la *ratio decidendi* que resuelve un caso” y en la SU-1219 de 2001 se estableció que la “*ratio decidendi* de las sentencias, es la parte de ellas que tiene la capacidad de proyectarse más allá del caso concreto”, y que “integra la norma constitucional y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho”. Por lo que puede ser considerada una fuente formal de derecho. Esta sentencia reseña que se pueda definir el precedente aplicable, como 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 (p.46).

⁸⁶ En la Sentencia T-830 de 2012, se define el precedente como “por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii)

Constitucional ha definido que con *una* sola sentencia de unificación de tutela (SU) o de control abstracto de constitucionalidad existe precedente.⁸⁷

Otra distinción que ha realizado la jurisprudencia es la que se presenta entre los conceptos de ‘precedente’ y ‘jurisprudencia en vigor’. En la Sentencia SU-230 de 2015 se plantea de la siguiente manera: mientras que el primero “se conforma con una regla de interpretación judicial sucesiva y homogénea sobre un tema particular –precedente-, que debe ser observado por las Salas de Revisión cuando estudian casos con hechos similares”, el segundo comprende “un conjunto de sentencias que comparten una misma interpretación judicial sobre una norma o principio que se aplica a unos hechos similares y que resuelve un problema jurídico igual (num. 2.5). Este concepto adquiere importancia para las decisiones emitidas por las Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, las cuales deben tener en cuenta el precedente constitucional de la Sala Plena o en su defecto, los criterios vigentes de las Salas de Revisión. Lo anterior significa que la Sala Plena tiene la facultad de anular los fallos de las Salas de Revisión cuando van en contravía de la jurisprudencia en vigor y presentan una grave afectación del debido proceso⁸⁸.

De las anteriores conceptualizaciones de la *ratio decidendi*, consideramos adecuado afirmar que la Corte Constitucional ha realizado una distinción bastante vaga de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, al indicar que es *ratio* lo que no es *dicta*, y viceversa. López Medina (2006) resalta que al interior de la Corte han surgido dos usos y concepciones de *ratio decidendi* que han dado cuenta de luchas políticas al interior del tribunal. De un lado, encontramos una concepción formalista (textualista) de la *ratio*, que inicialmente fue defendida a partir de la institución jurídica llamada *cosa juzgada implícita*, basada principalmente en un modelo de argumentación explícita. De otro lado, encontramos otra postura más hermenéutica, que considera la *ratio* como la extracción del

problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”.

⁸⁷ “Debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política” (Sentencia T-830 de 2012, num. 2.5.4).

⁸⁸ El término jurisprudencia en vigor, de acuerdo con este entendimiento, corresponde al precedente constitucional fijado reiteradamente por la Corte, que en diversas decisiones trata problemas jurídicos análogos con presupuestos fácticos idénticos, frente a los cuales **adopta de manera uniforme la misma regla de decisión. Sin embargo, tal necesidad de reiteración opera sin perjuicio del ejercicio de la autonomía interpretativa de la que es titular la Sala Plena de la Corte, la cual está facultada para modificar la jurisprudencia constitucional bajo la existencia de condiciones específicas, entre ellas “(i) los cambios que el Constituyente introduzca en la normatividad; (ii) la evolución que vayan mostrando los hechos de la vida en sociedad y (iii) los nuevos enfoques que promueva el desarrollo del pensamiento jurídico.”** (Auto 131 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Auto 208 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño). Negritillas en el original

verdadero principio decisional⁸⁹. Este enfoque ha permitido reconsiderar algunas reglas contenidas en decisiones anteriores que estaban ‘erradas’, o mejor, reconceptualizar varias líneas jurisprudenciales⁹⁰. Aunque ambas posturas son reconocidas como legítimas dentro de la doctrina, la Corte se ha movido entre una y otra posición, para desarrollar estratégicamente líneas jurisprudenciales en ciertos momentos históricos y fundamentar los cambios de precedentes necesarios para dar respuesta a las nuevas realidades sociales y culturales.

Para el autor, se ha asumido una posición formalista en el marco de las *sentencias de constitucionalidad*, definiendo como *obiter dictum* aquellos apartes de la discusión de la sentencia, que aún explícitos, no hacen parte del tema central del estudio suscitado por los artículos bajo análisis, o cuando dichos párrafos no sean estrictamente requeridos para fallar el caso. Por el contrario, es *ratio* aquel argumento consciente que explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión.

De lo anterior, se deriva la necesidad y conveniencia de que la jurisprudencia pueda plantear las subreglas de manera adecuada y explícita en el texto de la providencia, para facilitar el ejercicio del intérprete de extraer el ‘mínimo principio explicativo del fallo’ sin incurrir en errores. Otro elemento fundamental para la identificación de una *ratio decidendi* es la adopción del ‘principio de sistematicidad’ en la interpretación constitucional a partir de un análisis dinámico de las líneas jurisprudenciales. Al estudiar la línea de forma sistemática se presenta con mayor claridad la definición de la subregla aplicable a los hechos planteados por el problema jurídico, y de esta forma se evitan errores metodológicos de análisis de párrafos o sentencias aislados que dan lugar a sobreinterpretaciones o interpretaciones incorrectas. Esto se puede ver claramente en las sentencias de tutela de reiteración jurisprudencial en donde se repite una y otra vez el precedente aplicable. En estos casos, la extracción de la *ratio decidendi* depende de los hechos relevantes y del decisum.

⁸⁹ En esta segunda vía los argumentos centrales explícitos presentados por el juez anterior *puede, en ocasiones, ser mero obiter dictum*. En esta circunstancia se trata de encontrar el *verdadero principio o razón* (y no el aparente o textual) que llevo a la decisión de la Corte. Esta definición de *ratio decidendi* invita a una racionalización ulterior de la sentencia por parte del juez que decide el caso nuevo. (p.224)

⁹⁰ La “vinculatoriedad” del precedente, sin embargo, no resuelve la cuestión de poder al interior de la Corte porque, en todo caso, como lo demuestran discusiones, la disciplina del precedente puede ser moderada por concepciones amplias (hermenéuticas) o estrechas (textualistas) de la *ratio decidendi*, sin que sea necesario anular el principio de obligatoriedad de las sentencias previas. (p.245)

En la práctica judicial, vemos que en algunas sentencias la Corte enuncia la *ratio decidendi* explícitamente, asignando incluso dentro de la parte motiva la enunciación de ‘la regla de derecho’⁹¹. En otros casos, la gran mayoría, esta no se identifica formalmente, ya que se ha aceptado que los jueces deben extraerla a partir de una lectura razonable y objetiva, de una manera metodológicamente correcta y sin mayores esfuerzos. Sin embargo, como bien afirma López Medina, “las sentencias de tutela, por poseer patrones fácticos (sic) replicables, permitirían aplicar de manera más consistente el método de análisis analógico con sus elementos propios de *seguimiento, distinción, ampliación y estrechamiento* de la *ratio decidendi*” (p. 256). En los casos de reiteración, los jueces no tienen que hacer grandes esfuerzos de reconstrucción de la línea frente a nuevos casos, toda vez que “la reiteración de una *ratio* permite al juez aplicarla como precedente en casos similares, en la medida en que la identificación de la *ratio decidendi* vinculante resulta más sencilla” (Sentencia T-292 de 2006, p.63).

En nuestra jurisprudencia constitucional es usual encontrar subreglas claras y explícitas dentro de las líneas jurisprudenciales, especialmente cuando se trata de sentencias T y SU, lo que facilita la argumentación constitucional en cuanto a la aplicación de la “regla de universalidad” en los casos posteriores, sin mayores esfuerzos para los jueces constitucionales. Esto permite que los jueces de inferior jerarquía puedan realizar cambios anticipatorios de jurisprudencia o simplemente un apartamiento de esta al aplicar las distinciones⁹².

Finalmente, estamos de acuerdo con el autor cuando sostiene que, mientras el uso técnico del precedente exige analogías fácticas, la cultura jurídica colombiana todavía prefiere citas conceptuales abstractas, lo cual se considera como un uso ilegítimo de la jurisprudencia, ya que no se hace el intento por establecer una relación analógica con otros casos que fallaran el mismo punto (p.23).

3.3 Definición Dogmática de la *Obiter Dicta*

⁹¹ Sentencias T-001 de 2015, M.P. Mauricio González y T-189 de 2013, M.P. Mauricio González

⁹² Un tribunal que carece de la autoridad para revocar un precedente tendría las siguientes alternativas: la de aplicar (*apply*) la regla del precedente, cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; la de extenderla o seguirla (*follow*), cuando, pese a las diferencias relevantes entre los casos, el tribunal considera que ellas no justifican un trato jurídico diferente; y la de distinguir (*distinguish*) dicha regla, cuando las diferencias entre los hechos ameritan un trato distintivo. (Magolini, pp.84-88, como se citó en Deik, p.308)

Tradicionalmente, la doctrina del precedente judicial ha definido la *obiter dictum* como las razones innecesarias e irrelevantes que son citadas por los jueces y tribunales en sus sentencias, que no corresponden con la razón de peso o fundamento de la decisión. Lo que en el derecho angloamericano ha sido denominado *holding*, que traduce “consideraciones”, en el derecho continental recibe el nombre de *obiter dictum*, palabra del latín que significa “algo dicho al pasar, o a propósito de algo”. De acuerdo con la real academia española de la lengua, es aquel “Argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo”⁹³.

Cuando se hace alusión a la *obiter dictum*, generalmente se hace referencia a todos aquellos enunciados que no constituyen la *ratio decidendi*. Podemos afirmar que existe un consenso tanto en los sistemas del *common law* como de *civil law*, en la definición de los *dicta* como aquellas proposiciones y cuestiones enunciadas por el juez en sus sentencias que no están directamente relacionadas con la decisión, que cumplen unas funciones meramente informativas. Marina Gascón (2011) afirma que “cualquier otra consideración jurídica realizada en la sentencia que no haya sido necesaria para adoptar esa decisión es un *obiter dictum* y no es vinculante como precedente” (p.134).

El profesor Quinche Ramírez (2020) establece que esta es,

El conjunto de frases y enunciados contenidos en la parte considerativa de las sentencias, que cumplen distintas funciones textuales, como pueden ser las descripciones las reconstrucciones temáticas, las explicaciones, la presentación de los argumentos, la aplicación de las pruebas constitucionales, las referencias autorales, doctrinales o de autoridad, las referencias o desarrollos del derecho comparado, etc. (p.28)

Diego López Medina (2006), por su parte, adopta una definición que parte de la racionalización de la teoría realista de Goodhart, considerando que hay *dicta*, cuando “el fallo tiene argumentos que están fundamentados en hechos hipotéticos que el juez no ha verificado, o que ha introducido a manera de ejemplo o ilustración, o que no corresponden al problema jurídico real que la Corte resuelve” (p.258). A partir de ello, el autor sostiene que son interpretaciones innecesariamente amplias o interpretaciones gratuitas no requeridas en el fallo, que no tienen la precisión requerida

⁹³ Tomado de: <https://dle.rae.es/obiter%20dictum>. Recuperado el 20 de mayo de 2021.

de *ratio* con valor de precedente. Enfatiza que estas formulaciones generales no resultan necesarias para decidir los hechos concretos juzgados en ese momento:

todos aquellos pasajes de las sentencias, en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, dicen cosas “de pasada” o incidentalmente, sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo ... Estos argumentos son, generales, superabundantes, eruditos u de mera referencia y no tienen relación directa en la parte dispositiva (*decisum*) de la sentencia. (2006, p. 219)

Por otra parte, encontramos la valiosa definición realizada por Frederick Shauer (2013) desde la escuela del realismo jurídico americano:

La *obiter dictum* es algo adicional, no es estrictamente necesario para alcanzar, justificar o explicar la solución del caso. Comúnmente abreviados como *dicta*, estos pronunciamientos innecesarios suelen ser observaciones de un tribunal acerca de cuestiones que no están realmente bajo su juzgamiento, o conclusiones acerca de cuestiones innecesarias para la solución que de hecho ha alcanzado, o explicaciones con mayor alcance de un cuerpo legislativo completo, o simplemente agregados por completo irrelevantes. (p.70)

Shauer plantea que existe una práctica común entre los jueces norteamericanos de citar fuentes no vinculantes como, por ejemplo, los tratados internacionales y artículos de revista, que podrían denominarse fuentes secundarias. Sin embargo, es claro que ningún juez está obligado a usarlas o referenciarlas, aunque en algunas ocasiones estas fuentes pueden tener el alcance de servir como fuentes persuasivas de autoridad, en la medida en que solo un juez las citará si se encuentra persuadido por el razonamiento desarrollado por la fuente.

Por su parte, para Rupert Cross y J.W Harris (2012), en los sistemas del *common law* existe una diferencia entre los *dicta* que son irrelevantes para el caso en el cual se pronuncian, y los que son relativos a un tema colateral que es importante, aunque no formen parte de la *ratio decidendi*.

El termino *obiter dicta* generalmente es usado para referirse a aquellas observaciones irrelevantes que por lo general consisten en afirmaciones hechas en el curso de la exposición de los argumentos que justifican la decisión, mientras que los *dicta* que se refieren a temas colaterales relevantes son conocidos como *dicta judicial* (p.106).

Esta distinción es ejemplificada en el derecho inglés para hacer relación a los *dicta* que se encuentran entre un punto intermedio entre la *ratio* y el *obiter*, y que pueden formar parte de la

ratio a partir de una interpretación posterior. Sin embargo, los mismos autores señalan que esta distinción no es usada por los jueces y que es subsumida en los términos de la interpretación del precedente en un caso posterior. Al analizar las diferentes clases de *obiter* que pueden presentarse en el sistema inglés, se aborda los niveles de persuasión que pueden adquirir los *dicta*, especialmente los enunciados por los máximos tribunales, que pueden estar dotados de cierto grado de autoridad, siempre y cuando se relacionen con el fundamento de la decisión. Esto puede generar que los jueces posteriores citen las mismas subpremisas o argumentos en sus sentencias, sin perder de vista que únicamente la *ratio decidendi* constituye precedente judicial.

El análisis de los *dicta* puede dar lugar a diferentes situaciones: i) la difícil labor de diferenciar los *dicta* de la *ratio decidendi* en sentencias extensas y confusas, principalmente cuando la *ratio* no está enunciada claramente en una regla o un principio identificable; ii) algunos *dicta* podrán ser valorados como *ratio* en casos futuros, por parte de los máximos tribunales, en su rol de unificación jurisprudencial.

En la práctica jurídica, el juez posterior tiene la pretensión de encontrar la regla de derecho que fundamentó la decisión, para determinar si la aplica o distingue. El jurista italiano Michelle Tarrufo, al encontrarse estas dificultades subraya que:

esta distinción puede ser difícil de percibir en la práctica, pero es fundamental, en cuanto ayuda a entender cómo únicamente por medio de la referencia directa a los hechos de la causa se puede determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión, es decir, la *ratio* que solamente puede tener eficacia de precedente. Los *obiter dicta* no tienen ninguna eficacia y no pueden ser invocados como precedente en la decisión de casos sucesivos, ya que no han condicionado la decisión del caso anterior. (2015, p.91)

Para el autor, en la práctica judicial esta distinción no es aplicada con el rigor necesario, en la medida en que muchos jueces identifican cualquier apartado del texto de la sentencia sin verificar si es el fundamento principal de la decisión. En todo caso, delimitar cuando un argumento es relevante o no, es una tarea difícil.

De acuerdo con el profesor Tulio Elí Chinchilla (2020)

no todo el exuberante aparato conceptual y la sobrecarga argumentativa con la que nuestra Corte Constitucional innecesariamente. Se entiende por precedente no las miles y miles de sentencias C, T y SU, sino solo la pauta normativa jurisprudencial-principio o regla-que sirvió como sustento

directo e imprescindible (razón eficiente) de una decisión anterior en virtud de los hechos relevantes que esta tiene en común con el nuevo caso. (p. 55)

En el derecho hispanoamericano es común encontrar dentro de la práctica judicial, extensas *obiter dicta* en las sentencias judiciales, caracterizadas por extensas citas de principios, de premisas normativas, fuentes literarias y científicas. Esta técnica de la escritura se hace más notoria en los fallos de los tribunales constitucionales, situación que ha sido criticada por distintos teóricos del derecho. Así, para Agustín Gordillo,

La importancia de un fallo, por cierto, no depende de su extensión o atractivo teórico sino de lo que decide. No son los largos considerandos, la abundancia de citas, las arduas discusiones que ofrecen a sus lectores, en su voto, los magistrados individuales o los integrantes de un tribunal colegiado que un fallo sea importante. Lo que decide lo hace. (como se citó por Domenech, 2014, p.127)

Este autor afirma que la acumulación innecesaria de información hace engordar las causas sin que por ello sean mejores. Los *obiter* de una sentencia son algo así como un decir de más, un decir no relevante para justificar la decisión que se adopta que sin duda presenta problemas porque el exceso de argumentos desorienta al lector en la búsqueda de las razones de peso. (V- 23)

Por su parte, Juan Antonio Barrero (2018) al realizar una revisión comparada de la jurisprudencia constitucional de distintos países, señala que “las sentencias que emiten los tribunales de Hispanoamérica, arraigadas en la tradición del escribano español, se siguen sustanciando en extensiones exageradas.” (p. 424). Resalta que la brevedad de una sentencia la previene de antinomias y despliega una influencia mayor sobre el ordenamiento, por la elemental razón de que nadie está dispuesto a leer textos plagados de *dicta*. Por lo tanto, una sentencia debe ser “corta en extensión, sólida en argumentación y coherente en su estructura”

En la misma dirección, Manuel Atienza en su “*Curso de Argumentación Jurídica*” (2013) afirma que “una argumentación *indebidamente* extensa, es una mala argumentación que contribuye, además a dificultar que el derecho pueda verse como una empresa racional” (p.99). Para este autor, la tendencia en nuestros países de elaborar sentencias cada vez más largas es una práctica equivocada, puesto que: “a) incrementa las oportunidades de cometer errores, b) hace más difícil la identificación de los elementos esenciales de la sentencia, c) exige recurso de tiempo de la que casi nadie dispone, d) imposibilita su posible utilización con fines pedagógicos, e) pone en grave riesgo el funcionamiento de un sistema de precedentes” (p.153)

3.4 Definición de *Obiter Dicta* por parte de la jurisprudencia constitucional

No muy lejos de lo que ha sido el concepto de *dicta* en el sistema angloamericano, “lo que se dice de paso” ha sido considerado como la parte motiva de las decisiones judiciales que constituyen un criterio auxiliar de interpretación en los términos del inciso segundo del artículo 230 de la Constitución Política, que resulta no ser vinculante para los jueces. Lo constituyen todas aquellas reflexiones adelantadas por el juez al motivar su decisión, pero que, en últimas, resultan no ser necesarias para la misma. En otras palabras, son todos aquellos argumentos y opiniones incidentales y secundarias o meramente sugeridas que no se requieren para la conclusión o decisión concreta.

Los *obiter dicta* tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un *dictum* constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces” y “tienen una simple fuerza persuasiva. (Sentencia SU-047 de 1999, p.53).

Podemos afirmar que existe una definición consolidada y uniforme por parte de la jurisprudencia constitucional frente a lo que se entiende por *obiter dicta* en la decisión judicial. No todo lo dicho por el juez en una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, puesto que únicamente la *ratio*, adquiere el carácter de precedente judicial, tema revisado en el acápite anterior. Así, desde las primeras sentencias que abordaron la obligatoriedad del precedente constitucional se definió la *obiter* como “criterio auxiliar-no obligatorio- para la actividad judicial”, criterios que pueden estar dotados de un valor pedagógico o persuasivo, pero en ningún caso obligatorio.

Pese a que la Corte había enfatizado en sus primeras providencias que estos eran opiniones incidentales y no vinculantes, en la Sentencia C-836 de 2001, se describieron unos efectos bastante amplios para los *dicta*, desde aseverar que carecen completamente de relevancia jurídica hasta afirmar que podría contener elementos importantes, pero no suficiente ni necesarios:

Con todo, los *obiter dicta* o dichos de paso, no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En efecto, en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia jurídica, que contengan elementos importantes,

pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión, que sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir (p.37)

Posteriormente, en la Sentencia T-292 de 2006 se reitera lo dicho en las SU-1219 de 2001 y SU-1300 de 2001, expresado que la *obiter* es aquella reflexión adelantada por el juez que no está inescindiblemente ligada con la decisión. Los elementos que esta contiene son: (i) las consideraciones generales, (ii) las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o (iii) los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver. (p.35) Esta parte de la sentencia no tiene fuerza vinculante y constituye criterio auxiliar de interpretación. Igualmente, en la Sentencia C-241 de 2010, la Corte reitera que la *obiter* son las motivaciones incidentales que resultan ser persuasivas más no obligatorias (num. 2.3.11)

En razón de lo anterior, consideramos que existe una ambivalencia en la conceptualización dada por la jurisprudencia constitucional de la *obiter*, de un lado, se ha afirmado que constituye opiniones y argumentos sin nexo causal con la decisión del fallo, y, por lo tanto, de carácter no vinculante para los jueces. De otro lado, se considera que contienen una fuerza persuasiva y que son criterio auxiliar de interpretación en los términos del artículo 230 de la Carta⁹⁴. Incluso, la Corte se limita a enunciar dichas características, sin profundizar sobre los efectos normativos que podrían tener algunos argumentos de la *obiter dicta* con fuerza persuasiva y en qué posibles momentos podrían ser considerados como *ratio* en decisiones posteriores. Pese a esta situación, y a las pocas definiciones encontradas en la jurisprudencia, es claro que, para el máximo tribunal, lo relevante reside en la aplicabilidad de las razones que fundamentan la decisión y la coherencia sistemática de las decisiones judiciales alrededor de la fuerza gravitacional de la *ratio decidendi*.

Además, se constata que el máximo tribunal tampoco ha desarrollado lineamientos sobre el contenido de la *obiter*. Tanto en las Sentencias C, SU o T, la escritura jurídica del máximo tribunal se caracteriza por contener unas *obiter* densas en contenido normativo y extensas en las

⁹⁴ Debe señalarse, además, que se encuentra una definición bastante básica, reiterativa y superflua de lo que es la *obiter dicta*.

consideraciones. Esto ha permitido que exista un escenario de mayor autonomía para la misma Corte Constitucional de construir la *obiter* de las sentencias a partir de criterios discrecionales.

Es común encontrar dentro de la práctica constitucional formas excesivamente elaboradas y variadas en que se estructuran las sentencias de la Corte, como, por ejemplo, numerosas referencias normativas y conceptuales en las consideraciones de las sentencias de tutela, que resultan ser no vinculantes y que generan implicaciones en los usos de la jurisprudencia constitucional. Si partimos de la idea expuesta de que no todo lo que se dice en una sentencia es relevante para la definición del caso posterior, toda vez que el mérito de precedente judicial lo detenta la *ratio decidendi*, queda planteada la pregunta frente a la función que cumplen dentro de la motivación de la decisión judicial incorporar argumentos hipotéticos no relacionados con el problema jurídico o amplias citas doctrinarias que no aportan coherencia ni consistencia en la estructura de la argumentación, para la solución de los hechos en conflicto.

Como consecuencia, “esta densidad argumentativa de la sentencia hace que, con frecuencia, sea difícil extraer la subregla específica que la Corte parece estar estableciendo en un caso concreto” (López, 2006, p. 217). Especialmente en casos difíciles donde están en juego una amalgama de derechos, no es claro diferenciar la *obiter* de la *ratio*, lo que favorece la prevalencia de una cultura del precedente basado en conceptos abstractos y no en identificar el mejor principio explicativo que sostiene el peso de la decisión, esto es, “la subregla explicativa de un patrón fáctico bien definido” (*ibídem*, p. 244.). Aunque puedan tener cierto grado de persuasión, los *obiter dicta* no tienen el carácter de ser argumentos de autoridad dentro de nuestra jurisprudencia constitucional.

Finalmente, la distinción entre *dicta* y *ratio* es legítima y necesaria en el análisis jurisprudencial y de aplicación del precedente. Si los jueces, al momento de fundamentar una decisión, argumentan a partir del precedente vigente, aportando las razones correctas para llegar a la decisión, es innecesario e irrelevante extenderse en una exhaustiva citación de casos hipotéticos, posiciones teóricas o principios ambiguos, que corresponden al ámbito de la doctrina. Para este caso, el razonamiento jurídico como razonamiento práctico reivindica la consistencia en la estructura de la argumentación y la validez de las premisas normativas a partir del uso de la regla de derecho válida y reconocida para resolver el conflicto jurídico en cuestión, denominada precedente.

Por lo anterior, consideramos importante revisar los fundamentos jurídicos de la *obiter dicta* en la práctica constitucional en medio del sistema consolidado de precedentes constitucionales vigente

en nuestro país. Este tema será analizado en capítulos posteriores a partir de las sentencias de reiteración de tutela sobre el derecho a la salud.

3.5 La Decisum

Sobra decir que esta parte de las providencias es la consecuencia de la regla de la decisión del fallo, es decir, la decisión concreta del caso. Aparece de manera explícita luego de la expresión “Resuelve” en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. La doctrina constitucional ha diferenciado los efectos de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad de las de control concreto, como se explicará a continuación.

En las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la parte resolutive de los fallos tiene efectos *erga omnes* y goza de fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos, en virtud de la cosa juzgada constitucional preceptuada en el artículo 243 de la Constitución Política⁹⁵ y 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia –Ley 270 de 1996⁹⁶. Este tipo de sentencias da lugar a declarar las siguientes consecuencias: i) la exequibilidad de una norma cuando es compatible con la Constitución; ii) la inexecutableidad cuando es contraria a la Carta; iii) la exequibilidad condicionada, a partir de la modulación de los fallos. Estas decisiones tienen el carácter de *cosa juzgada formal*, al juzgar una disposición del ordenamiento, y *cosa juzgada material*, frente al contenido normativo de dicha disposición, con la finalidad de impedir que esa norma pueda ser reintroducida de nuevo al sistema jurídico.⁹⁷

⁹⁵ “En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada 'cosa juzgada constitucional', y se establecen las características de las sentencias de constitucionalidad.

⁹⁶ Se debe considerar también lo contemplado por el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, donde se consagra que las “sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para las autoridades y particulares”. Cabe señalar que, en la Sentencia C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía), se declararon inconstitucionales el inciso segundo y cuarto del artículo 21 y el artículo 24 del Decreto 2067 de 1991, que limitaban los efectos de las sentencias y el alcance de la cosa juzgada constitucional, considerando que la Corte era la competente para señalar los efectos de sus propios fallos. Sin embargo, las observaciones sobre inciso 1º contempladas en esta providencia, han sido entendidas como *obiter dicta*, en la medida en que el inciso demandado fue el segundo y no el primero, y no hubo un pronunciamiento por unidad normativa. Pese a esto, la Corte consideró que esto no hacía más que “confirmar la obligatoriedad de la cosa juzgada constitucional” en los términos del artículo 243 de la Carta, por lo que se estimó que al hacer referencia expresamente a tal norma constitucional se hacía alusión a las providencias de control abstracto.

⁹⁷ Precisamente porque por disposición expresa del artículo 243 de la Carta genera cosa juzgada formal al juzgar una disposición del ordenamiento, y cosa juzgada material frente al contenido normativo de dicha disposición. En este último caso ello puede impedir que esa norma pueda ser reintroducida de nuevo o bajo otra apariencia al sistema

Contrario a lo anterior, en las sentencias de tutela el ‘decisum’ no tiene efectos erga omnes, sino los efectos que se determine en la parte resolutive (a diferencia de la *ratio decidendi* la cual adquiere el valor de precedente judicial de carácter obligatorio). Los efectos de la decisión del juez de tutela se clasifican en: i) efectos inter partes, cuando son estrictamente para las partes del proceso de tutela, ii) inter comunis, “se utiliza cuando el accionante pertenece a un grupo de personas cuyos intereses son inversamente proporcionales o paralelos” o iii) inter pares, “cuando se debe aplicar una única respuesta válida en todos los casos similares, sin excepción alguna” (Sentencia SU-037 de 2019)

Además de lo anterior, en el ámbito de la acción de tutela también opera el fenómeno de la cosa juzgada, lo cual impide que se presenten acciones de tutela contra sentencias de tutela⁹⁸, y por lo cual, solo es procedente solicitar la revisión de las sentencias de tutela ante la Corte, quien, como órgano de cierre, tendrá la última palabra frente a un caso.⁹⁹

jurídico, en atención a los límites fijados por la Constitución. Además, la parte resolutive es definitiva e inmutable (artículos 243 inciso 2 de la Constitución y artículo 23 del Decreto 2067 de 1991)

⁹⁸ “La regla de la no procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, fijada en la Sentencia SU-1219 de 2001, se reitera en las Sentencias T-021, T-174, T-192, T-217, T-354, T-444, T-623 y T-625 de 2002; T-200, T-502 y T-1028 de 2003; T-528 de 2004; T-368 y T-944 de 2005; T-059 y T-237 de 2006; T-104 de 2007; T-1208 de 2008; T-282 de 2009; T-041, T-137, T-151 y T-813 de 2010; T-474 y T-701 de 2011; T-208 de 2013”. “De estas sentencias, merece la pena destacar que, además de reiterar la regla en comentario, (i) en la Sentencia T-623 de 2002, se precisa que “las acciones de tutela instauradas contra sentencias de tutela, salvo que la protección se invoque contra actuaciones irregulares de los jueces de tutela, que no hubiesen sido revisadas por esta Corporación, resultan en principio improcedentes”; (ii) en la Sentencia T-368 de 2005 se admite la posibilidad de presentar tutelas contra los incidentes de desacato; (iii) en la Sentencia T-282 de 2009 se reconoce, con carácter excepcional y restrictivo, la posibilidad de promover incidentes de nulidad contra las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, cuando se haya incurrido en irregularidades que implican la violación del derecho fundamental al debido proceso; y (iv) en la Sentencia T-474 de 2011 se señala que es posible ejercer acciones de tutela “contra las actuaciones judiciales arbitrarias, incluso de los jueces de tutela, pero no respecto de sentencias de tutela, sino en relación con incidentes de desacato, o contra autos proferidos en el curso del proceso de tutela””. (Sentencia SU 627 de 2015, num. 4.3.3 y 4.3.4)

⁹⁹ En este sentido, es entonces jurídicamente imposible promover otra acción de tutela sobre hechos que de una u otra forma ya han sido decididos por el Tribunal Constitucional, pues el juez de amparo carece de competencia funcional para resolver sobre esa nueva tutela y, por contera, la Corte para resolver sobre su eventual revisión. (Sentencia T-200 de 2003)

4. Sentencias de Reiteración de Tutela: Descripción de la *Obiter Dicta* de las Líneas Jurisprudenciales del Derecho a la Salud

En el presente capítulo se aborda el estudio de las sentencias de reiteración jurisprudencial originado en el control concreto de constitucionalidad, para ello se expone de manera sucinta la función de control constitucional concreto que realiza la Corte Constitucional, los tipos de sentencias emitidos en el marco de este tipo de control, la modalidad de sentencias de reiteración como una categoría específica de las sentencias de tutela (T) y la importancia que adquiere la *ratio decidendi* en este tipo de sentencias. Posteriormente, se presenta las líneas jurisprudenciales conformadas por sentencias de reiteración de tutela, de cuatro escenarios constitucionales del derecho a la salud, para analizar la citación de la “*obiter dictum*”. Con el objetivo de realizar una descripción y llegar a unas conclusiones generales que permitan evidenciar cómo se construyen las consideraciones en las sentencias de reiteración de tutela.

Las sentencias de tutela (T) se enmarcan en la revisión eventual que realiza el máximo tribunal en el marco de la función establecida en el num. 9 del artículo 241 de la Constitución: “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. Para reglamentar esta función, el Decreto 2591 de 1991 estableció entre sus artículos 31 a 36 lo relacionado con el trámite de revisión eventual. En el cual, la Sala de Selección identifica y elige algunas de las sentencias de tutela remitidas por los jueces de instancia del país, para ser decididas por la Sala de Revisión de las acciones de tutela (conformada por 3 magistrados).¹⁰⁰

Como se indicó en el capítulo anterior, en el marco de este control concreto, se emiten las sentencias de unificación (SU) que son proferidas por la Sala Plena, y las sentencias de tutela (T), proferidas por cualquiera de las salas de revisión. Estas providencias tienen como función principal unificar

¹⁰⁰ Para la selección de las tutelas se tiene previsto el trámite de insistencia, que consiste en la *solicitud de insistencia* que pueden presentar únicamente los magistrados de la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, con el objetivo de que se seleccione una sentencia que por su importancia debe ser revisada por el máximo tribunal constitucional. Este procedimiento se encuentra reglado por las entidades respectivas.

la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad y garantizar el carácter normativo de la constitución.¹⁰¹

En estas sentencias de control concreto, la regla de la decisión adquiere fuerza vinculante de precedente judicial. En efecto, mientras que la *ratio* de las SU es de carácter obligatorio para todas las autoridades, la *ratio* determinada en las T es en principio obligatoria, pero las autoridades podrán apartarse siempre y cuando se cumpla con la carga de la transparencia y de la argumentación, como fue señalado anteriormente. En estas sentencias de tutela, la corte acude a la reiteración jurisprudencial con la finalidad de repetir los criterios de interpretación que ha adoptado el máximo tribunal frente a disposiciones normativas.

El artículo 35 establece que las decisiones que “revoquen o modifiquen un fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas”; y las demás sentencias “podrán ser brevemente justificadas”. Como es el caso de las sentencias de reiteración de tutela, estas pueden ser brevemente justificadas, es más, deberían caracterizarse por la precisión y concisión. Esta norma debe ser complementada con el artículo 280 de la Ley 1564 de 2012 que establece que contenido de una sentencia de la siguiente forma:

la motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas.

Ahora bien, para analizar el uso de la *obiter dicta* en las sentencias de reiteración de tutela, se seleccionaron 4 escenarios constitucionales del derecho a la salud, a saber: i) el servicio de transporte como medio de acceso al servicio de salud, ii) el suministro del servicio de enfermería

¹⁰¹ Aunque si bien existe un criterio discrecional para la selección de fallos de tutela, en el artículo 52° del Reglamento de la Corte Constitucional se subrayaron los siguientes criterios como orientadores para determinar la selección de fallos: i) los **criterios objetivos**, cuando se tratan de “unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional”; ii) **criterios subjetivos**, “urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial”, iii) **Criterios complementarios**, “lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público”

y de cuidador como atención domiciliaria, iii) el derecho a la salud de los migrantes, iv) acceso a tratamientos de fertilidad, la fertilización in vitro a través del sistema de salud. De cada uno se seleccionaron máximo 6 sentencias, en las cuales se retiraron los parámetros jurisprudenciales que sobre la materia ha definido la Corte Constitucional. Por lo tanto, se trata de líneas jurisprudenciales sólidas y vigentes, que se caracterizan por someter a control concreto casos semejantes en donde se presentan hechos similares y existe una regla de decisión reiterada.

De cada línea jurisprudencial se clasificaron y agruparon los fundamentos jurídicos desarrollados por las Salas de Revisión en 4 ítems: En un primer nivel, encontramos las normas que definen el derecho a la salud; en un segundo nivel, encontramos argumentos que desarrollan la eficacia de los derechos y sus condiciones de existencia, en este caso, el marco normativo se desarrolla la garantía del derecho; en un tercer nivel, argumentos de autoridad basados en las decisiones jurisprudenciales que justifican la conservación de la posición de la Corte Constitucional¹⁰²; en cuarto nivel, se mencionaran argumentos relevantes no reiterados dentro de la línea jurisprudencial pero enunciados de manera particular por una de las providencias. Esto, con la finalidad de describir el contenido de la *obiter dicta* en las consideraciones de las sentencias de reiteración de tutela, en los casos en los que existen precedentes constitucionales definidos y sólidos.

4.1 El Transporte como medio de Acceso al Servicio de Salud

El servicio de transporte como un medio de acceso al servicio de salud ha sido un tema reiterado de revisión por parte de la Corte Constitucional, en el cual se ha decantado que este no es una prestación médica, pero constituye un medio necesario para acceder a los servicios de salud, los cuales deben ser prestados de manera oportuna y eficiente, sin que existan obstáculos o barreras administrativas. Desde la temprana Sentencia T-1158 de 2001¹⁰³ se abordó la obligación de las

¹⁰² En este subcapítulo se incluyen los casos jurisprudenciales que son referidas dentro de las líneas jurisprudenciales, como casos análogos o “argumento *ab exemplo*” que aborda el mismo problema jurídico. La Sentencia T-292 de 2006 reconoce dentro del contenido de la *obiter dicta* “los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver” (p.35).

¹⁰³ En esta sentencia se ordenó el traslado en ambulancia de un menor discapacitado, desde su residencia hasta el lugar donde deben serle realizados los procedimientos de rehabilitación, pues, en este caso, la Corte consideró que se trataba de un menor inválido, con 84% de incapacidad, y estaba demostrada la falta de recursos económicos de la familia para asumir los costos del traslado.

EPS de suministrar el pago de desplazamiento para asistir a los procedimientos ordenados por el médico tratante, en las circunstancias de incapacidad económica por parte del paciente y su familia.

Aunque inicialmente las disposiciones legales regularon el traslado en ambulancia que debía ser suministrado por la EPS, en los casos “de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria.” (art. 2º, de la Resolución 5261 de 1994, Ministerio de Salud)¹⁰⁴. Posteriormente, la Corte fue revisando otras situaciones que llevaron a fijar un precedente uniforme para garantizar el servicio de transporte.¹⁰⁵ Frente a este escenario constitucional, se abordaron las Sentencias T-607 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018, T-253 de 2018, T-081 de 2019, T-409 de 2019, en las cuales se reitera como *ratio decidendi* que el servicio de transporte debe ser suministrado cuando se verifica el cumplimiento de los siguientes requisitos: “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario” (Sentencia T-607 de 2016).

En el desarrollo Jurisprudencial se han establecido unas excepciones en las cuales la EPS está llamada a asumir los gastos derivados de este, ya que el servicio de transporte no se considera una prestación médica, pues se ha entendido como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, visto que en ocasiones, al no ser posible el traslado del paciente para recibir el tratamiento médico ordenado, se impide la materialización del derecho fundamental (Sentencia T-032 de 2018, num. 5.2)¹⁰⁶

En Sentencia T-607 de 2016, la Sala Primera de Revisión de Tutelas resolvió el caso de una paciente que padecía cáncer de mama, y a quien su EPS no suministró los gastos de transporte terrestre intermunicipal desde Pitalito hacia Neiva, alimentación y hospedaje para un acompañante, que requería para asistir a su tratamiento de Poliquimioterapia de alto riesgo. En esta oportunidad

¹⁰⁴ “En principio, el transporte, fuera de los eventos anteriormente señalados, correspondería a un servicio que debe ser costado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial ha establecido unas excepciones en las cuales la EPS (independientemente del régimen) está llamada a asumir los gastos derivados de este, ya que, si bien tal servicio no se considera una prestación médica, es un *medio* que permite el acceso a los servicios de salud y la materialización del derecho fundamental” (Sentencia T- 253 de 2018, num. 9)

¹⁰⁵ Aunque inicialmente se garantizó por medio de tutela el pago de transporte intermunicipal, a una ciudad distinta a la del domicilio del paciente. Posteriormente se fue ordenando a las EPS el suministro de transporte intraurbano, el desplazamiento en vehículo particular, el pago de desplazamiento de un acompañante, entre otros.

¹⁰⁶ “No obstante la regulación de los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el PBS, existen otros supuestos en los que, a pesar de encontrarse excluido, el transporte se convierte en el medio para poder garantizar el goce del derecho de salud de la persona” (Ibídem, 5.2)

la Sala tuteló los derechos a la salud, la vida y la integridad de la usuaria, considerando que cuando se autoriza un servicio incluido en el Plan Obligatorio de Salud en una ciudad distinta a la del domicilio del paciente “los costos del transporte deben entenderse como complementarios al servicio POS, de esta forma el acceso formal a la atención médica contará con los medios indispensables para materializar la prestación del servicio” (num. 6.10) ^{107 108}

Igualmente, en la Sentencia T-495 de 2017, se acumularon los expedientes de un paciente en tratamiento de hemodiálisis, por padecer insuficiencia renal crónica no especificada, a quien su EPS le canceló el suministro de transporte desde el lugar de residencia hacia el municipio de Lérica – Tolima y el caso de una usuaria que padecía de obesidad mórbida, a quien le fue negado el reconocimiento del servicio de transporte para asistir a sus citas médicas en la ciudad de Bucaramanga. En cuanto a la petición del suministro de transporte, la Sala decidió ordenar dicho servicio, ya que encontró que la solicitud se ajustaba a las reglas jurisprudenciales, “con ocasión de (i) la situación económica de los accionantes y sus familiares cercanos y (ii) en vista de que la decisión de no otorgamiento podría generar un riesgo para la vida, integridad física o el estado de salud de los mismos” (num. 34).

Posteriormente, en Sentencia T-032 de 2018, se conoció el caso de un usuario que padecía insuficiencia renal terminal y quien no contaba con los medios económicos para asistir a las terapias de tratamiento de hemodiálisis ordenado por su médico tratante, que fueron negados por la Nueva EPS. La Sala concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al mínimo vital, ordenando a la EPS que “cubra los gastos de transporte a las instituciones donde se deben realizar las terapias de remplazo renal”. Igualmente, confirma que se satisfacen los requisitos de la jurisprudencia constitucional, ya que “ni el accionante ni su núcleo familiar cuentan con los recursos económicos suficientes para financiar el valor del traslado y de no efectuarse la

¹⁰⁷ Con respecto a la necesidad de un acompañante, se dispuso lo siguiente: “una entidad encargada de la prestación de los servicios de salud, vulnera el derecho de una persona que padece cáncer al negarse a reconocerle los costos de transporte para su acompañante, cuando sea necesario que se le realice su tratamiento en un lugar distinto a la sede habitual de su residencia, en los casos en que la paciente necesite asistencia de otra persona debido a los efectos secundarios que causa el medicamento en los pacientes” (num. 7).

¹⁰⁸ La Corte reitera la obligación de la atención integral para las personas que padecen enfermedades catastróficas como el cáncer. Afirmando que “el servicio de las personas diagnosticadas con cáncer debe ser asumido con sujeción a su estado de debilidad manifiesta, en aras de que pueda sobrellevar su enfermedad de manera digna, por ello, se deben aplicar estas premisas para que la prestación de los servicios que necesiten para su tratamiento sea integral. (num. 4.8)

remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad física, la dignidad, el estado de salud del accionante” (num. 7.6).

En la Sentencia T-253 de 2018, la Sala Octava de Revisión estudió el caso de un paciente con insuficiencia renal, que debía asistir a terapias de diálisis en un municipio distinto al de su residencia, y no contaba con los recursos para sufragarlo. En este caso, la Corte decide con fundamento en la normatividad vigente del PBS, artículo 121 de la Resolución 5269 de 2017, el cual establece que el servicio de transporte debe ser costeado por la EPS, en los casos en que los pacientes requieran un servicio incluido en el PBS que no se encuentra en el domicilio del paciente, “servicio que se cubre por la prima adicional por dispersión geográfica o, en los casos en que no se reconozca este concepto, por la UPC general ya que es responsabilidad directa de la entidad velar porque se garantice la asistencia médica” (num. 20).

Igualmente, en la Sentencia T-081 de 2019, se abordó el caso de un menor de edad diagnosticado con un “tumor de comportamiento incierto o desconocido del encéfalo supratentorial”, a quien le fueron autorizadas unas quimioterapias en el Hospital Infantil San José, ubicado en Bogotá D.C., cuando su residencia se encuentra ubicada en el Carmen de Viboral, Antioquia. La Sala amparó los derechos fundamentales del menor, ordenando a Ecoopsos EPS que reconozca y pague el servicio de transporte adecuado para que el paciente y un acompañante puedan acudir a las sesiones de quimioterapia en la ciudad de Bogotá. Concluye la Sala que se acreditan los requisitos jurisprudenciales vigentes, al constatar (i) la precaria realidad socioeconómica de la familia del niño, (ii) el riesgo inminente para su integridad física y su vida en caso de la inasistencia al procedimiento de quimioterapia y (iii) la necesidad de un acompañante por tratarse de un menor de 5 años.

En la Sentencia T-409 de 2019, la Sala Sexta de Revisión decidió el caso de un menor de edad diagnosticado con “trastorno desintegrativo del desarrollo, autismo infantil, retraso global en el desarrollo psicomotor, retraso mental moderado, deterioro del comportamiento significativo, trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje”, que debía asistir a terapias de habilitación y rehabilitación integral en la IPS Fundación Diversidad, ubicada en el mismo Municipio de su residencia. La madre del menor solicitó a la Nueva EPS costear el transporte particular para dichos desplazamientos, toda vez que el menor no podía movilizarse en transporte público colectivo debido a su condición de discapacidad y su dificultad para soportar el ruido. En este caso, se ordenó

el suministro de transporte para el paciente y un acompañante, debido a su edad y su condición de discapacidad, considerando que “el servicio de transporte es indispensable para el desarrollo integral e inclusivo del menor de edad” y “el transporte público individual a través de taxi es económicamente inaccesible para el grupo familiar del menor de edad” (num. 44.2).¹⁰⁹

Además de las reglas jurisprudenciales definidas para acceder al servicio de transporte, en las Sentencias T- 607 de 2016, T-495 de 2017 y T-081 de 2019, se ordenó el suministro de viáticos para un acompañante, el cual resulta necesario cuando el paciente es totalmente dependiente o “requiere atención permanente para garantizar su integridad física”. Así, aunque el costo de viáticos de un acompañante no está contemplado en el PBS con cargo a la UPC, la Corte ha reiterado que “también deberá la EPS brindar el transporte del acompañante si se acredita su insuficiente capacidad económica (o la de su núcleo familiar)” (T- 081 de 2019, num. 5)¹¹⁰. Esta *regla de decisión* ha sido definida de una manera más clara en la T- 495 de 2017:

En consecuencia, en aquellos casos en los que el paciente requiera de transporte y gastos para su acompañante, a fin de recibir el correspondiente tratamiento médico en un lugar distinto al de su residencia, debe acreditar que (i) tanto él como sus familiares cercanos carecen de recursos económicos que les permitan sufragar tales gastos y (ii) que de no llevarse a cabo tal remisión se pondría en riesgo su dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud. Igualmente, debe acreditar que (a) depende totalmente de un tercero para su movilización, (b) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y,

¹⁰⁹ En los casos expuestos, las Entidades Promotoras de Salud aducían que el transporte no se encuentra como servicio obligatorio dentro del respectivo POS, actualmente el Plan de Beneficios en Salud, o que este, solo está cubierto para las zonas especiales por dispersión geográfica. Aduciendo ser competencia de las secretarías de Salud Departamentales el suministro de viáticos, subsidiada por una UPC, en los términos del artículo 121 de la Resolución No 5269 de 2017. Dicho argumento no prosperó, pues, como se indicó, es responsabilidad de las EPS suministrar el transporte a una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragarlo cuando dicho traslado no esté incluido en el PBS y sea estrictamente necesario para recibir la atención médica.

¹¹⁰ “Cabe anotar que estos se justifican porque a menudo, el paciente necesita asistencia de otra persona debido a los tratamientos que recibe y que le producen efectos secundarios inmediatos que pueden poner en peligro la integridad y la salud de la persona durante su traslado del centro asistencial hasta su domicilio. Además, si en el futuro llegara a requerir de nuevas sesiones de quimioterapia o radioterapia deberán asumirse los costos de transporte intermunicipal para la actora y un acompañante, si el tratamiento se realiza en un lugar distinto a la sede habitual de su residencia. Lo anterior, sin perjuicio de que (i) deba acreditarse la necesidad de un acompañante en atención a las circunstancias fácticas de ese momento y (ii) de que la EPSS Comfamiliar, cuando tal gasto sea necesario, proceda a efectuar el recobro ante la Gobernación del Huila, de conformidad con el artículo 43.2.2, de la Ley 715 de 2001” (Sentencia T-607 de 2016, num. 6.10). Frente a contexto, se citan en pie de página las sentencias T-350 de 2003, T-962 de 2005, T-459 de 2007, T-760 de 2008, T-233 de 2011, T-033 de 2013, T-116A de 2013, T-567 de 2013, T-105 de 2014, T-331 de 2016, T-397 de 2017, T-495 de 2017, T-032 de 2018 y T-069 de 2018, entre otras.

(c) que el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos suficientes para cubrir el transporte de ese tercero. (num. 29)

Es importante señalar que en la Sentencia T-607 de 2016 se concretó mucho más esta *ratio decidendi* frente a los usuarios pertenecientes al régimen subsidiado, “pues se debe presumir la falta de capacidad de pago de sus afiliados, que previamente fueron identificados por el Gobierno como personas pertenecientes a los niveles de 1 y 2 del SISBEN¹¹¹, sin capacidad económica suficiente” (num. 5.8). Sin embargo, esta no fue reiterada en las siguientes providencias.

Ahora bien, la *obiter dicta* construida dentro de esta línea jurisprudencial está desarrollada a partir de dos temáticas principales: de un lado, el derecho fundamental a la salud, sus elementos y principios, de otro, las reglas jurisprudenciales previstas para acceder a los servicios no incluidos en el plan de beneficios en salud como el transporte y acompañamiento, cuando son medios esenciales para el acceso efectivo al servicio de salud. Estos temas fueron clasificados en cuatro fundamentos jurídicos: el primero es la definición del contenido del derecho fundamental a la salud, sus principios y elementos; el segundo es el marco normativo legal y reglamentario del Plan de Beneficios en Salud; el tercero, la línea jurisprudencial del transporte para acceder a servicios de salud; el cuarto fundamento, temas particulares abordados por las sentencias para fundamentar la *ratio decidendi*.

4.1.1 Fundamentos jurídicos de la Obiter Dicta

Primer fundamento, definición del contenido del derecho fundamental a la salud, sus principios y elementos

En las Sentencias T-607 de 2016, T-253 de 2018, T-032 de 2018, T-409 de 2019, se definió el derecho fundamental a la salud citando las siguientes normas: el artículo 49 superior que establece su doble connotación: ser un derecho fundamental (del cual son titulares todos los ciudadanos del territorio nacional) y un servicio público de carácter esencial, cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado. El artículo 48 que fija el alcance de la Seguridad Social como derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, “cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”. El

¹¹¹ Sistema de potenciales beneficiarios para programas sociales.

artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) indica que “todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”. La Observación General No. 14 del 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CESCR) fija que “la salud es derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. El artículo 2 de Ley Estatutaria 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental, autónomo e irrenunciable de la salud, estableciendo que la prestación del servicio de salud debe darse de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Igualmente, se citan algunos enunciados jurisprudenciales que definen el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo: la Sentencia T-760 de 2008¹¹², Sentencia T-016 de 2007¹¹³, Sentencia T-144 de 2008¹¹⁴, Sentencias T-454 de 2008, entre otras. A partir de este nuevo enfoque, se comprende que el derecho a la salud busca alcanzar unas condiciones psíquicas y físicas óptimas, que va más allá de la mera supervivencia:

La facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser (Sentencia T-607 de 2017)¹¹⁵

Seguidamente, se desarrolla el contenido de los principios de accesibilidad, solidaridad e integralidad¹¹⁶, cuya garantía permite generar las condiciones mínimas para prestar el servicio de salud. Así, cuando se suministra el servicio de transporte, con la finalidad de lograr el acceso a los servicios de salud, se está desarrollando la accesibilidad física, la atención integral en salud y el principio de solidaridad.

¹¹² “La salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”. (num. 4.3, T-607 de 2016)

¹¹³ “La fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución” (num. 4.2, *Ibidem*)

¹¹⁴ “Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico” (*Ibidem*)

¹¹⁵ Sentencias T-454 de 2008, T-566 de 2010, T-894 de 2013, T-094 de 2016.

¹¹⁶ Los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, consagran la calidad en la prestación del servicio, accesibilidad, solidaridad e integralidad.

El principio de accesibilidad implica un diseño institucional que facilite a toda población el acceso a los servicios de salud. La Ley Estatutaria y la Observación General No. 14¹¹⁷ establecen la obligación de las EPS de brindar “todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva evitando generar cargas desproporcionadas en cabeza de los usuarios” (T-032 de 2018, num. 3.2.1):

Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información (Ley 1751 de 2015, artículo 6).

En la Sentencia T-495 de 2017 se señaló que “el servicio de salud debe ser prestado libre de obstáculos que impidan su acceso, de manera que no solo sean suministrados los servicios de carácter médico, sino que además se cubran los medios que permiten acceder a tales atenciones” (num. 29). Por su parte, la Sentencia T-607 de 2016 ahondando más en el desarrollo de este principio, precisó sus dos elementos esenciales, que son: la accesibilidad física y la accesibilidad económica, así:

el acceso físico cuando una persona le asignan un procedimiento médico o una consulta especializada en un municipio diferente al de su residencia, y el económico como aquellos gastos de transporte que debe cubrir el paciente, para todos los casos, así como los costos de su estadía en algunos de ellos (num. 5.6).

De otro lado, encontramos que todas las Sentencias hacen alusión a la obligación del tratamiento integral en sus fundamentos, para luego determinar si en los casos concretos se encuentra vulnerado el tratamiento integral. Este principio es definido como el deber de las EPS de suministrar todos los servicios requeridos y brindar el tratamiento completo para que el usuario pueda recuperar el estado de salud, en condiciones de calidad y oportunidad.¹¹⁸

¹¹⁷ “En su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud son la *accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad*. Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos: // “b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte” (T-032 de 2018, pie de página 18). Las cuatro dimensiones de la accesibilidad son: i) No discriminación, ii) Accesibilidad física, iii) Accesibilidad económica (asequibilidad), iv) Acceso a la información.

¹¹⁸ En esta sentencia se anotó que “la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas,

Por lo tanto, ha indicado la jurisprudencia que el tratamiento integral implica la prestación oportuna e ininterrumpida del servicio, así como la entrega de los medicamentos y servicios que requiera el paciente para la recuperación de su estado de salud. Si estos no se suministran de acuerdo con lo ordenado por el médico tratante, se estaría lesionando el derecho fundamental a la salud¹¹⁹.

En cuanto al principio de solidaridad, este fue desarrollado únicamente en la Sentencia T-032 de 2018¹²⁰. Consagrado en los artículos 48 y 95 de la Constitución¹²¹, este principio constituye uno de los pilares del sistema de salud y establece el deber de colaboración entre “las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientadas a ayudar a la población más débil” (num. 3.2.3). Lo anterior significa que los recursos del sistema deben ser distribuidos de manera equitativa para que todas las personas accedan al servicio de salud, sin importar su capacidad económica¹²².

Segundo fundamento, relacionado con el marco normativo del Plan de Beneficios de Salud

En este acápite encontramos el recuento legislativo y reglamentario de los Planes de Beneficios en Salud, el cual fue referenciado en todas las providencias. Encontramos que en la Sentencia T-253 de 2018 y T-032 de 2018 la Corte realiza un extenso recuento en esta materia (desde el año 1994), mientras que, por ejemplo, en la T-607 de 2016 se citan brevemente algunas normas de referencia. A continuación, se mencionan de manera general las normas citadas:

prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud” (Sentencia T-178 de 2011, Citado en la T-032 de 2018).

¹¹⁹ “De esta manera, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que resulten impidiendo a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud” (*Ibidem*, 3.2.2)... “Finalmente, entre los principios que rigen la atención en salud, se encuentra el de integralidad. Este se refiere a la necesidad de que los agentes del sistema encargados de la prestación de sus servicios, los autoricen, practiquen y entreguen con la debida diligencia y oportunidad” (num. 37, T-409 de 2019).

¹²⁰ Las demás sentencias lo relacionan brevemente.

¹²¹ Este principio está contenido en el artículo 1º y 48 de la Constitución Política y es desarrollado en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, y en el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones (T- 607 de 2016)

¹²² “En otras palabras, argumentos de carácter administrativo no pueden prevalecer sobre los derechos de las personas ni ser un obstáculo ante la obtención de los servicios de salud” (num. 3.3). Argumento reiterado de las Sentencias T-791 de 2014, T-575 de 2013, T-405 de 2017.

Desde la Resolución 5261 de 1994 se indicó que la EPS debía garantizar los gastos de desplazamiento solo en los casos de urgencia o de pacientes internados que deban ser remitido a un municipio cercano para acceder a un servicio de salud¹²³. Posteriormente, con el Acuerdo 08 de 2009 se estipuló que el Plan Obligatorio de Salud incluye “el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos” (artículo 33), y con el Acuerdo 029 de 2011 se reglamentó la posibilidad de brindar el transporte en un medio diferente de la ambulancia para los pacientes ambulatorios, cuando sea necesario para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, el cual “será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitalización respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión” (artículo 43).

Con la Resolución 5521 de 2013 se estableció cuándo procede el pago del transporte para pacientes del régimen subsidiado y a qué entidad le compete según el caso¹²⁴; con la Resolución 1479 de 2015 se fijó un procedimiento para el cobro y pago por parte de las entidades territoriales, departamentales y distritales a las EPS, de los servicios y tecnologías no cubiertos por el POS “provisas a los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, autorizados por los Comités Técnico Científicos CTC u ordenados mediante providencia judicial”. (Sentencia T-607 de 2016, num. 5.10)

Igualmente, se citan los artículos 126 y 127 de la Resolución 6408 de 2016 y los artículos 120 y 121 de la Resolución 5269 de 2017, en los cuales se determinó el deber de las EPS de prestar el servicio de transporte, en medio distinto a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el PBS con cargo a la UPC, cuando el servicio no se encuentra disponible en el lugar de residencia del afiliado. En estas situaciones “será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”. Por lo tanto, se debe pagar el

¹²³ “Cuando en el municipio de residencia del paciente no cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria” (artículo 2).

¹²⁴ “Así las cosas, se reconoce dicho servicio para aquellos afiliados que residan en los municipios incluidos en el listado anexo de la citada resolución; y cuando una Empresa Promotora de Salud Subsidiada -EPSS- que ha sido contratada por un municipio para que atienda su población, decide incluir en la red de servicios una Institución Prestadora de Salud -IPS-, en un municipio distinto del lugar al cual fue contratado¹²⁴, tiene la obligación de pagar los gastos de transporte de la población que tiene afiliada” (ST 607 de 2016, num. 5.9).

transporte cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto a su residencia “para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios”¹²⁵.

Lo anterior da cuenta de las limitaciones que han sido establecidas en los distintos PBS para reconocer el transporte como un servicio incluido o complementario. Aunque inicialmente el transporte se encontraba excluido de las prestaciones en salud, recientemente ha sido reconocido su cubrimiento en situaciones específicas, como su cubrimiento con cargo a la UPC, en casos de urgencias y para pacientes ambulatorios, en condiciones específicas y asentados en zonas especiales de dispersión geográfica. Sin embargo, esta reglamentación ha sido insuficiente frente a la realidad socioeconómica de muchos pacientes, por lo que ha resultado fundamental la ampliación de este servicio por vía jurisprudencial, para materializar el derecho a la salud.

Tercer fundamento, línea jurisprudencial del transporte para acceder a servicios de salud.

En las consideraciones abordadas encontramos referencia a precedentes de casos fallados por la Corte Constitucional que han reconocido el transporte nacional, intermunicipal o municipal para garantizar la asistencia a tratamiento o procedimientos de salud. La Sentencia T-607 de 2016, cita solo dos casos en los cuales los usuarios solicitaron que las respectivas EPS asumieran el valor del transporte: la Sentencia T-1079 de 2001¹²⁶ y la T-900 de 2002¹²⁷.

¹²⁵ “Igualmente, el artículo 127 de la citada Resolución establecía: (i) que *“el servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”*; y (ii) que las EPS o las entidades que hagan sus veces *“deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10¹²⁵ de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios”*. Derroteros que fueron reproducidos en los artículos 120 y 121 de la Resolución n. ° 5269 de 2017, normativa vigente en la actualidad.” (Sentencia T-032 de 2018, num. 5)

¹²⁶ Esta sentencia estudió el caso de una señora, afiliada al sistema como cotizante de la Caja Nacional de Previsión Social, “que requería un procedimiento quirúrgico que le fue autorizado en una ciudad distinta a su domicilio, la actora argumentó en el amparo que por razones económicas le era imposible trasladarse a otra ciudad. En esa oportunidad, la Corte concluyó que no se había conculcado ningún derecho fundamental, en razón a que no se negó la prestación del servicio médico y como quiera que no se probó la falta de recursos económicos de la demandante o de sus hijos, quienes se encontraban vinculados laboralmente, eran quienes en primera instancia debían tomar las medidas necesarias para asegurar que durante el tiempo en que su progenitora permaneciera en otra ciudad contara con la presencia de algún acompañante si era indispensable” (num. 5.2)

¹²⁷ Allí se indicó que *“sólo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro*

Por su parte, encontramos que la Sentencia T-409 de 2019 cita distintos precedentes donde se garantizó el transporte urbano para pacientes que no contaban con los recursos económicos suficientes para costearlo: Sentencia T-1158 de 2001, T-346 de 2009, T-636 de 2010, T-557 de 2016, T-674 de 2016. En todas se reitera la obligatoriedad de garantizar accesibilidad económica para los usuarios del sistema:

A modo de conclusión puede sostenerse que, conforme la jurisprudencia de esta Corporación, es posible adjudicar la responsabilidad de la prestación del servicio de transporte urbano a la EPS, cuando este sea indispensable para el desarrollo de un tratamiento, como consecuencia de las condiciones de salud del usuario y de la situación económica en la que se encuentre junto con su familia, máxime si se trata de un menor de edad con un diagnóstico que dificulta su desplazamiento en un servicio de transporte público, bien sea colectivo o masivo. (num. 35)

En todos los casos analizados, se cita el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional frente al transporte y hospedaje en la importante Sentencia T-760 de 2008. En esta se afirmó que,

toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. (num. 5.4, como se citó por la T-607 de 2016)

También se reiteró que las entidades promotoras deben asumir el transporte de una persona, siempre y cuando se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario” (ibídem). Precedente que fue fijado en la Sentencia T-900 de 2002.

Cabe señalar que todas las providencias realizan un tratamiento distinto de los precedentes, algunas desarrollan los casos anteriores, mientras que otras solo citan los números de las sentencias que conforman la línea¹²⁸.

la vida o la salud del paciente, sólo en esas circunstancias, recaerá, se repite, en cabeza del Estado la obligación de poner a disposición del afectado los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado” (num. 5.3)

¹²⁸ Sentencias T-597 de 2001, T-223 de 2005, T-206 de 2008, T-550 de 2009, T-745 de 2009, T-365 de 2009, T-352 de 2010, T-437 de 2010, T-587 de 2010, T-526 de 2011, T-022 de 2011, T-464 de 2012 y T-148 de 2016, T-322 de 2012, T-154 de 2014, T-062 de 2017, T-260 de 2017, T-365 de 2017 y T-495 de 2017.

Cuarto fundamento, temas particulares abordados por las sentencias

Las sentencias revisadas se caracterizan por tener una *obiter dicta* reiterada en sus argumentos jurídicos. Pese a esto, se relacionan los siguientes fundamentos expuestos de manera particular:

En la Sentencia T-032 de 2018 se abrió un capítulo sobre las potestades probatorias del juez de tutela, quien puede solicitar pruebas de oficio con el fin de comprobar la condición socioeconómica de la parte accionante: Sentencias T-864 de 1999, T-699 de 2002, T-683 de 2003, T-131 de 2007 y T-455 de 2015. Además, la carga de demostrar la incapacidad económica no puede recaer solo en el usuario del sistema, sino que esta se invierte en cabeza de la EPS accionada¹²⁹.

En igual sentido, la Sentencia T-409 de 2019 estableció un capítulo de las reglas sobre la prueba de la incapacidad económica del paciente y su familia. En esta se precisa que “no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital para que el juez deba tenerla por cierta” (num. 36). Además, basta con la aseveración del accionante sobre su incapacidad económica para que la carga de la prueba se traslade a la EPS.

4.2 El Suministro de Atención Domiciliaria a través del Servicio de Enfermería y de Cuidador, como medios de Acceso a los Servicios de Salud

La jurisprudencia constitucional ha reconocido dos eventos en los cuales el juez de tutela puede conceder el servicio de atención domiciliaria. El primero es el servicio de enfermería domiciliaria, el cual se suministra únicamente cuando el paciente requiere ser atendido por un profesional con conocimientos especializados para tratar sus patologías, el requisito para ser suministrado es la existencia de una orden proferida por el profesional de la salud¹³⁰. El segundo corresponde al

¹²⁹ “Esta Corporación estableció el cumplimiento de unas reglas para determinar la incapacidad del interesado para acceder a un suministro no incluido en el Plan de Beneficios en Salud¹²⁹, a continuación se mencionarán de manera sucinta: (i) No existe una tarifa legal para que el accionante certifique la incapacidad económica que alega¹²⁹; (ii) la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS accionada¹²⁹; (iii) sobre los jueces de tutela recae el deber de decretar pruebas mediante las cuales resulte comprobada la incapacidad alegada¹²⁹; y, (iv) ante la ausencia de otros medios probatorios, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos equivalentes a un SMLMV pueden ser tenidos como prueba suficiente para corroborar la incapacidad alegada por el accionante, siempre y cuando no haya sido controvertida por el demandado” (Reglas fijadas en las Sentencias T-744 de 2004, T-805 de 2005 y T-888 de 2006)

¹³⁰ Ante la inexistencia de esta orden médica, el juez de tutela se encuentra imposibilitado de abrogarse competencias por fuera de su ámbito de experticia y no le es posible ordenar este servicio.

servicio de cuidador domiciliario, el cual debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente; pero, cuando la familia se encuentre materialmente imposibilidad para brindar esta atención y cuidado, la obligación se traslada al Estado, quien debe velar por la efectividad de los derechos del afiliado.¹³¹

El máximo tribunal ha definido un precedente que precisa el deber conferido a las familias frente al cuidado y asistencia recíproca entre sus integrantes, especialmente cuando alguno padece una enfermedad que requiere de apoyo físico y emocional. Esta obligación materializa el principio de solidaridad constitucional, en la medida en que la familia ostenta unos deberes especiales de protección entre sus miembros. Sin embargo, este deber no es absoluto, pues puede ocurrir que exista una imposibilidad material para el núcleo familiar, ya sea por condiciones económicas o médicas. En estas circunstancias, le corresponde al Estado asumir esta carga de cuidado para con los enfermos¹³².

De esta forma, se han reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que el paciente requiere recibir cuidados especiales y en los que el núcleo familiar se ve imposibilitado para garantizar este tipo de atenciones, siendo el Estado el llamado a asumir esta labor de cuidado. En este escenario constitucional, se abordaron las Sentencias T-208 de 2017, T-458 de 2018, T-065 de 2018, T-423 de 2019, T-015 de 2021, en las cuales se reitera como *ratio dedidendi*, que las EPS deben suministrar un cuidador cuando “(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible” (Sentencia T-015 de 2021, num. 29). Esta imposibilidad material se configura cuando el núcleo familiar:

“(i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas

¹³¹ “La jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad” (Sentencia T-423 de 2019, num. 50).

¹³² “En esa medida, infiere esta Corporación que existen dos niveles de solidaridad para con los enfermos: (i) el deber que tienen los parientes del afectado de brindar ayuda física y emocional, siempre y cuando estén en condiciones de brindar la atención y cuidado; y (ii) el reflejado en la intervención del Estado como encargado de la dirección, coordinación y control de la seguridad social y en virtud del principio constitucional de la solidaridad, en el evento en el cual dicha función no pueda ser asumida por el entorno cercano al paciente” (Sentencia T-458 de 2018, num. 13).

para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio” (Num. 4.3, T-065 de 2018)

En la Sentencia T-208 de 2017 se revisó el caso de un joven de 22 años en situación de discapacidad, que padecía daño cerebral severo, producto de una infección denominada meningitis, y quién dependía completamente de un tercero para subsistir. Su familia, conformada por su hermana, se encontraba imposibilitada para atenderlo y costear este servicio de manera particular. Ante esta situación, la Corte afirmó que es inadmisiblemente constitucionalmente “adicionar una mayor carga a una familia que apenas si alcanza a cubrir las necesidades propias de una vida digna, y que además tienen a su cargo a tres sujetos de especial protección constitucional”. La Sala Cuarta de Revisión decidió tutelar los derechos fundamentales del paciente, ordenando a Salud Total EPS que proporcionara el tratamiento integral y designara un cuidador.¹³³

Posteriormente, en la Sentencia T-458 de 2018, la Sala Octava de Revisión conoció del caso de un adulto mayor con 72 años que manifestó la necesidad de que la EPS le asignara un cuidador 12 horas al día. El paciente fue diagnosticado con “antecedente de enfermedad de Parkinson en estado avanzado con evidencia de deterioro cognitivo por lo que se ha diagnosticado cuadro demencial asociado que lo ha limitado funcionalmente progresivamente hasta la postración con vida limitada a cama – silla”. En esta decisión se confirma la sentencia del juez de instancia, reconociendo parcialmente el amparo de los derechos fundamentales, al otorgar un entrenamiento o preparación a quien funja como cuidador del paciente, sin embargo, la Sala consideró que no se cumplen con los requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional que demuestren la imposibilidad material del núcleo familiar para garantizar la atención al paciente, por lo tanto el deber de cuidado y atención le corresponde a su familia.¹³⁴

Igualmente, en la Sentencia T-065 de 2018, la Sala Novena de Revisión analizó el caso de una menor de 17 años diagnosticada con “epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental

¹³³ Además, se ordena al Municipio de Pereira evaluar las condiciones de vulnerabilidad del joven y de ser necesario, incluirlo en los subsidios económicos que reciben las personas en situación de discapacidad de ese municipio.

¹³⁴ En este fallo no se probó la imposibilidad material del núcleo familiar, en cuanto el paciente contaba con una pensión de 1.700.000, además tenía obligaciones crediticias con algunas entidades financieras, la agente oficiosa no convivía con el agenciado, la acudiente del paciente era su esposa y no la agente oficiosa. Tampoco se probó la incapacidad física de su esposa para asumir el cuidado, entre otros.

grave [y] prematurez extrema”, respecto de quien su madre solicita la prestación del servicio de enfermería domiciliaria 24 horas al día, dada su imposibilidad de garantizarle los cuidados permanentes, por ser madre cabeza de hogar que debía proveer el sustento económico de la familia. La Corte determinó que se configuraron los requisitos de la imposibilidad material del núcleo familiar. Por lo tanto, ordenó a Unicajas Comfacundi E.P.S.-S. que suministrara 8 horas diarias de servicio de cuidador a domicilio, a fin de atender todas las necesidades básicas que la accionante no podía satisfacer autónomamente por causa de su enfermedad.

Igualmente, en la Sentencia T-423 de 2019, la Sala Sexta de Revisión conoció de una tutela en contra de Savia Salud EPS y la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, de una paciente adulta mayor diagnosticada con “insuficiencia renal crónica en fase terminal, ceguera bilateral, hipertensión, diabetes y una fractura en el brazo”, quien a través de su agente oficiosa solicitó el servicio de enfermería domiciliaria por 24 horas. La Corte decidió revocar el fallo de única instancia, y proteger los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la usuaria, al considerar su situación de debilidad manifiesta y el cumplimiento de los requisitos fijados por la jurisprudencia. Por lo cual ordenó a la EPS suministrar el servicio de cuidador a domicilio por 12 horas.

Seguidamente, en la Sentencia T-015 de 2021, se revisó el caso de un adulto mayor con 102 años quien “padecía demencia senil con algunas limitaciones funcionales, hipertensión arterial controlada, enfermedad ácido-péptica y trauma en cadera derecha” y a quien le fue suspendido el servicio de enfermería luego de que fuera trasladado a la EPS SANITAS S.A. La Corte decide tutelar los derechos fundamentales del adulto mayor, pues se trata de una persona con una edad muy avanzada (mayor entre los mayores), ordenando que se continúe prestando el servicio de auxiliar de enfermería de acuerdo con la orden médica del 23 de octubre de 2020. Además, decide tutelar los derechos a la salud y vida digna de su hija que también es una persona de la tercera edad (78 años)¹³⁵.

¹³⁵ Esta decisión resulta particular porque la Corte decide proteger los derechos de la señora Fanny Matilde Nuñez, quien actuando como agente oficiosa presentó la acción de tutela en nombre del señor Cesar Nuñez Roca. Esta es persona de la tercera edad y no cuenta con las condiciones físicas ni económicas para cuidar de su padre. En este sentido, se resuelve “**Advertir** a la EPS Sanitas S.A. que se abstenga de suspender u obstaculizar los servicios que requiera el señor César Nuñez Roca, y de imponer cargas irrazonables y desproporcionadas a la señora Fanny Matilde Nuñez Hernández”.

Para llegar a estas decisiones, la Corte desarrolló una serie de fundamentos jurídicos que se caracterizan por su uniformidad y repetición. A continuación, se exponen los argumentos utilizados para justificar la *ratio decidendi*, los cuales fueron clasificados en el mismo sentido de la línea jurisprudencial anterior.

4.2.1 Fundamentos Jurídicos de la Obiter Dicta

Primer argumento, definición del derecho a la salud

En todas las sentencias se abre un capítulo para definir y conceptualizar el derecho a la salud como derecho fundamental, irrenunciable y autónomo, y al mismo tiempo como servicio público esencial que debe ser prestado a la luz de los principios de oportunidad y eficacia. Para ello se citan el artículo 48 y 49 de la Constitución Política, el artículo 2° de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015. A nivel internacional, se citan las disposiciones adoptadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹³⁶, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12¹³⁷ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 14 del 2000, que han señalado la importancia de lograr el disfrute del más alto nivel de salud que pueda alcanzar todo ser humano para vivir dignamente. Igualmente, en el desarrollo jurisprudencial (se cita de manera especial, la Sentencia T-760 de 2008)¹³⁸ el derecho a la salud pasó de ser amparado por conexidad a ser reconocido como un derecho fundamental autónomo y de aplicación directa, por lo cual todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para reclamar su protección.

La jurisprudencia ha adoptado un concepto del derecho a la salud que integra tanto la salud física como la mental, esto es, “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica

¹³⁶ “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946)

¹³⁷ “Todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”

¹³⁸ El derecho a la salud: (i) es fundamental, autónomo e irrenunciable; (ii) como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado; (iii) se articula bajo los principios *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad; (iv) implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; y (v) se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad (T-423 de 2019, num. 39)

funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser” (Sentencia T-065 de 2018 num. 3.1).

Por su parte, en las Sentencias T-208 de 2017 y T-015 de 2021¹³⁹ se desarrollan los principios de integralidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud, los cuales deben ser suministrados de manera continua, completa y sin dilaciones, para garantizar que los tratamientos efectivamente mejoren el estado de salud del paciente¹⁴⁰¹⁴¹. Particularmente, la Corte enfatiza que en los casos en los cuales se traslada el servicio de salud de una EPS a otra cesionaria, este trámite administrativo no tiene por qué afectar la prestación efectiva del servicio¹⁴².

Segundo argumento, reglamentación del servicio de atención domiciliaria

Las sentencias objeto de estudio abren un capítulo sobre la reglamentación del servicio de atención domiciliaria, diferenciando la naturaleza del servicio de enfermería de la atención del cuidador. Para considerar que el servicio de enfermería sí se encuentra regulado como un servicio de atención hospitalaria, mientras que el servicio de cuidador, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, sino más bien de un servicio complementario, puede ser brindado por la EPS, así no se encuentra incluido dentro del PBS. Por lo tanto, el juez de tutela lo puede ordenar si se cumplen las reglas jurisprudenciales que determinan el suministro de servicios no incluidos en el PBS.

En este acápite se exponen las Resoluciones del Plan de Beneficios en Salud, las que adoptan el listado de los servicios y tecnologías excluidos, la Ley 1751 de 2015 y la interpretación

¹³⁹ Esta sentencia enuncia la importancia de garantizar este derecho a los sujetos de especial protección constitucional, como lo son los niños, personas en situación de discapacidad o de la tercera edad, desplazados, víctimas, entre otros.

¹⁴⁰ Esta Corporación se ha referido a la integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante. Según la Sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas (num. 19)

¹⁴¹ El derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, de manera que “*una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas*” (num. 20)

¹⁴² La Corte se ha referido al derecho a la continuidad del servicio de salud cuando se trata de traslados excepcionales de EPS ordenados por la Superintendencia Nacional de Salud en virtud de revocatorias de habilitación o de intervenciones forzosas para liquidación, pues se trata de trámites administrativos que no tienen por qué afectar la prestación efectiva del servicio ni poner en riesgo los derechos fundamentales de los usuarios (num. 22)

jurisprudencial de estas normas para determinar el suministro del servicio de cuidador. Brevemente se pasa a exponer este marco normativo:

A la luz de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se desarrolló una nueva perspectiva frente al Plan de Beneficios en Salud, que superó la lógica del anterior Plan Obligatorio de Salud (POS) y NO POS, abriendo el camino para comprender que todos los bienes y servicios de salud se encuentran cubiertos, a menos que se encuentren explícitamente excluido, toda vez que “todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente”.(num. 8)¹⁴³

Se señalan las Resoluciones 6408 de 2016¹⁴⁴, 5269 de 2017¹⁴⁵ y 3512 de 2019 (última actualización del PBS), las cuales regularon el servicio de enfermería “como una “alternativa a la atención hospitalaria institucional” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado” (num. 4.2)¹⁴⁶. Por lo tanto, el servicio de enfermería es una modalidad de atención domiciliaria que debe ser prestado por las EPS siempre que sea ordenado por el médico tratante en función de unos criterios técnicos y científicos propios de su profesión. Su razón de ser es la de brindar una asistencia especializada relacionada con las patologías del paciente.¹⁴⁷

Por su parte, la figura del cuidador no ha sido contemplada en el Plan de Beneficios de Salud ni en el listado de servicios y tecnologías que han sido excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud¹⁴⁸. Esta modalidad de atención domiciliaria ha sido interpretada como un servicio complementario, definida por el artículo 3 de la Resolución 3951 de 2016 como un

¹⁴³ En la Sentencia T-423 de 2019 se aclaró que “a partir de ese momento el uso de los términos alusivos al Plan Obligatorio de Salud, como servicios o insumos POS o NO POS, resulta contradictorio con los objetivos del Legislador y anacrónico, en la medida en que aquel perdió vigencia. Desde el momento de la promulgación de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el Sistema de Salud se consolida a través de tres mecanismos de acceso que fueron señalados y distinguidos entre sí en la **Sentencia SU-124 de 2016**” (num. 2). Estos mecanismos son: Mecanismo de protección colectiva o “*mancomunado riesgos individuales*”, Mecanismo de protección individual y Mecanismo de exclusiones.

¹⁴⁴ Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

¹⁴⁵ Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

¹⁴⁶ La Resolución 3512 de 2019 definió la atención domiciliaria en su artículo 8 num. 6, como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la unidad de pago por capitación (UPC): “modalidad extramural de prestación de servicios de salud extrahospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia”

¹⁴⁷ Además, según el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019, procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

¹⁴⁸ Para ello se citan las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

“servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”. Posteriormente, con la expedición de la Resolución 1885 de 2018¹⁴⁹ se reguló la figura del cuidador en el num. 3 del artículo 3¹⁵⁰ y se fijaron los requisitos para que las EPS asuman los costos de este servicio producto de un fallo de tutela (artículo 39)¹⁵¹.

Las Sentencias T-423 de 2019 y T-208 de 2017 explicaron la razón de ser de las exclusiones del PBS y las razones por las cuales se puede ordenar el cubrimiento de medicamentos, procedimientos y elementos no incluidos, de acuerdo con las reglas fijadas en la T-760 de 2008. Así, cuando concurren las siguientes condiciones se pueden ordenar elementos excluidos del PBS, sin que esto signifique su modificación:

- (i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado.

Al explicar cada una de estas cuatro subreglas, se precisa que la jurisprudencia ha ordenado en circunstancias excepcionales el suministro y autorización de prestaciones médicas no incluidas en el PBS sin que exista una orden médica, cuando se requiere una mayor protección del derecho a la salud y de la dignidad humana¹⁵². Además, la Ley Estatutaria dispuso de un mecanismo y procedimiento para reconocer el cobro de servicios sin cobertura en el PBS o cubierto pero que no

¹⁴⁹ Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

¹⁵⁰ “aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.”

¹⁵¹ Este artículo establece los “documentos e información específica exigidos para la presentación de solicitudes de recobro/cobro originadas en fallos de tutela”.

¹⁵² Por lo tanto, se concluye que “las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas” (num. 4.6).

tienen a cargo UPC, de las EPS a la Secretaría de Salud Departamental y Distrital correspondiente, prescritos por el médico tratante u ordenados por una providencia judicial¹⁵³.

Tercer argumento, jurisprudencia constitucional frente a la atención domiciliaria de la figura del cuidador

Ante el vacío normativo que se deriva de la no inclusión de la figura del cuidador en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha precisado cómo y cuándo una persona ostenta la calidad de cuidador. Por lo tanto, las Sentencias T- 458 de 2018, T 065 de 2018, T-423 de 2019, T-208 de 2017 recurrieron a estos argumentos para especificar las principales características y funciones del cuidador. En estas se citan específicamente la siguiente jurisprudencia:

La Sentencia T-154 de 2014 relaciona las principales características del cuidador:

“(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”(Num. 9, T-458 de 2016)¹⁵⁴

Igualmente, la Sentencia T-096 de 2016 determinó las funciones del cuidador al indicar que no se trata de un servicio de salud estrictamente, sino de una ayuda que se les presta a las personas dependientes con la finalidad de facilitar su existencia. Por lo cual, esta actividad puede ser

¹⁵³ Este mecanismo se encuentra en la Resolución 3951 de 2016 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵⁴ En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo **que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia**. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal *“que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”*. (num. 52). Esta sentencia también determino la obligatoriedad por parte de la EPS de brindar un entrenamiento al familiar cuidador: *“que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia”*.

ejercida por cualquier miembro de la familia del paciente, quienes en función del principio de solidaridad tienen el deber de asistencia y cuidado de los familiares que lo requieran. Además, la Sentencia T-414 de 2016 enuncia las circunstancias excepcionalísimas para determinar el suministro de este servicio por parte de las EPS.¹⁵⁵

Finalmente, para precisar este deber de cuidado y de asistencia se referencian o invitan a ver las Sentencias T-220 de 2016, T- 096 de 2016, T 208 de 2017, T- 336 de 2018.

Cuarto argumento, fundamentos jurídicos diferenciales entre las providencias

Es importante indicar que en la presente línea jurisprudencial no se encontraron argumentos jurídicos diferentes, que proyectaran el cambio del precedente constitucional aplicable sobre el problema jurídico del suministro del servicio de cuidador. Sin embargo, algunas Salas de Revisión fijaron capítulos para ampliar el tema objeto de decisión o para complementarlo.

En la Sentencia T-208 de 2017 se definió el siguiente capítulo: “La protección constitucional de los menores de edad y las personas en situación de discapacidad exige la consecuente obligación de desarrollar acciones afirmativas a su favor”. En este se enfatiza la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad y mitigar la discriminación y vulnerabilidad en que se podrían encontrar, máxime si los sujetos de especial protección constitucional pertenecen a los niveles 1 y 2 del SISBEN¹⁵⁶. Para ello se cita el marco constitucional de los principios orientadores de la Carta Política, el deber de implementar planes y programas que provean servicios asistenciales para desarrollar los fines constitucionales, las acciones afirmativas que deben desarrollarse de acuerdo con el artículo 13 superior y el propósito del Plan de Desarrollo 2014-2018.

¹⁵⁵ “(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente”. (Sentencia T-423 de 2019, num. 53)

¹⁵⁶ “Ahora, cuando las necesidades de los pacientes no se encuentran directamente relacionadas con la garantía del derecho a la salud sino que tienen carácter asistencial, como es el caso de la adecuada alimentación o la ayuda permanente de un cuidador, para las personas que tienen limitado totalmente sus movimientos, cuyos padres de familia no cuentan con los recursos económicos para cubrir sus necesidades, se requiere la articulación de las autoridades responsables de los programas o planes que permitan asegurar el goce efectivo de sus derechos y cumplir progresivamente con los fines estatales”. (num. 11)

Por su parte, la Sentencia T-423 de 2019 trae un nuevo argumento en relación con el rol de las mujeres como cuidadoras que ha sido asignado históricamente, quienes “dedican con mayor frecuencia al cuidado de miembros de su familia en situación de discapacidad o necesidad y a veces, no reciben el apoyo suficiente de su familia ampliada en esa difícil labor” (num. 65). Para ello se citan estudios y datos estadísticos que dan cuenta de la participación de las mujeres en las labores de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado.¹⁵⁷

Así mismo, en la Sentencia T-015 de 2015, que presenta el caso de una accionante con 102 años, se realiza una reiteración jurisprudencial frente al derecho que tienen los adultos mayores de recibir una protección constitucional reforzada por tratarse de sujetos de especial protección y por su condición de debilidad manifiesta:

Estos adultos mayores entre los mayores, presentan una mayor vulnerabilidad que se evidencia en la fragilidad y deterioro continuo de su cuerpo y su salud, por lo que el Estado está en la responsabilidad de cuidar y proteger para brindarles un entorno digno y seguro en sus últimos años de vida. (num. 35)

4.3 El Derecho a la Salud de los Extranjeros en Colombia: Casos de Migrantes Venezolanos.

La Corte Constitucional ha revisado numerosas acciones de tutela de migrantes venezolanos en situación irregular que buscan recibir una atención en salud para proteger su vida e integridad. Por ello se ha desarrollado todo un contenido jurisprudencial frente a este grupo poblacional,

¹⁵⁷ “Según los datos obtenidos en el Estudio sobre la Economía del Cuidado en Colombia del 2018, con base en las recomendaciones de la 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de la OIT realizada en el año 2013, para el año 2017 el “82,4% de las mujeres participan en el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado frente a 37,0% de los hombres”, y la actividad con mayor participación y tiempo dedicado dentro del trabajo no remunerado es el cuidado del hogar, “seguido del cuidado de personas” ... Según la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) realizada por el DANE en 2016, se concluyó que “realizar oficios domésticos del hogar, cuidar o atender niños y niñas, cuidar a personas ancianas o con discapacidad, elaborar prendas de vestir o tejidos para personas del hogar, trabajar en la autoconstrucción de la vivienda, realizar trabajos comunitarios o voluntarios y trabajar en actividades comunitarias”, hacen parte del denominado “trabajo doméstico y de cuidado no remunerado”. Así mismo, se concluyó que del total de personas que ejerce la jefatura de hogar en Colombia, como la agente oficiosa en el presente caso, más de la mitad de las mujeres jefas de hogar (68,5%) destina 15 horas o más a la realización de labores de cuidado de personas y actividades económicas no remuneradas y no están empleadas (87,2%). Por ende, “el 43,9% de las mujeres que ejercen la jefatura de hogar y realizan actividades de trabajo no remunerado, no genera ingresos, causando una mayor presión en ellas para insertarse al mercado de trabajo remunerado, independientemente de las condiciones dignas y decentes que este les ofrezca” (ibídem).

considerando que se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad y merecen una atención en salud en condiciones oportunas, eficientes y de calidad. Sin embargo, no siempre se ha garantizado el acceso a servicios, tratamientos y/o medicamentos, pues el juez constitucional parte de analizar el caso concreto para determinar si los servicios solicitados se requieren con *necesidad* y *urgencia* para preservar los derechos a la vida digna y a la salud.

El ordenamiento constitucional cuenta con una normativa que garantiza el acceso al sistema de salud de los migrantes en territorio colombiano. De la interpretación armónica de los artículos 13, 48, 49 y 100 de la Constitución Política se concluye que todas las personas tienen derecho a la atención en salud, independientemente de su origen nacional. Así, el mismo tribunal constitucional ha consolidado como regla de decisión que se debe garantizar la atención inicial de urgencias para todos los extranjeros, como un derecho gratuito contemplado en los artículos 10 y 14 de la Ley Estatutaria de Salud, entre otras normas¹⁵⁸. Esta atención básica y de urgencias, exige el deber de brindar los servicios que se *requieran con necesidad* para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas. Los costos de estos servicios deben ser cubiertos directamente por el Departamento correspondiente, y de manera complementaria, con colaboración con la Nación,

los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias con cargo [a las entidades territoriales de salud], y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (num. 2.1, Sentencia T-197 de 2019)¹⁵⁹

Sin embargo, para recibir atención médica integral adicional, los migrantes deben afiliarse al SGSSS, bien sea en el régimen subsidiado o en el régimen contributivo. Para ello, deben cumplir con las cargas mínimas legales establecidas en el Decreto 780 de 2016¹⁶⁰, entre las cuales se

¹⁵⁸ Además de la reglamentación vigente, los precedentes han determinado que los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir una atención de urgencias con cargo al departamento, y en subsidio a la Nación, hasta que se logren afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, se enfatiza que el Sistema no ha previsto una cobertura especial más allá de la atención de urgencias y de las acciones colectivas de salud con enfoque de salud pública (Sentencia T-210 de 2018, num. 38).

¹⁵⁹ “La atención mínima a la que tienen derecho los migrantes regularizados o no, va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de quimioterapias o cirugías, siempre y cuando se demuestre la urgencia de las mismas.” Esta regla ha sido consignada en diferentes providencias como la Sentencia T-210 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-705 de 2017. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y Sentencia T-239 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁶⁰ Parte 1, Libro 2, artículo 2.1.3.11.

encuentran el haber regularizado su situación en el país y contar con un documento válido para adelantar el trámite de afiliación.¹⁶¹

Es decir, la vinculación al SGSSS de los extranjeros está sujeta, en principio, a que los mismos cumplan con los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación al SGSSS, de la misma manera en que le corresponde hacerlo a los nacionales. (num. 16, Sentencia T-210 de 2018)

En relación con el acceso a los servicios de salud de los niños y niñas migrantes, el máximo tribunal ha sostenido que se debe garantizar la prestación del servicio, sin importar la situación irregular de sus padres, pues se trata de sujetos de especial protección constitucional que se encuentran en una grave situación de vulnerabilidad. Esta protección se encuentra reforzada cuando se trata de recién nacidos:

Esta condición no puede ser motivo para denegar derechos fundamentales a personas tan vulnerables como lo son los recién nacidos. Una criatura que depende enteramente de su familia, la sociedad y el Estado para desarrollar su crecimiento integral es un sujeto de especial protección constitucional y un individuo valioso a quien se le debe garantizar el más alto nivel de bienestar. (num. 34, T-178 de 2019)

De esta forma, encontramos que la jurisprudencia ha dado un tratamiento diferencial a la población adulta y a los menores de edad migrantes en situación irregular. Esto debido a que los niños y niñas no tienen por qué soportar la carga pública que “le es atribuible a sus representantes legales, sin que la falta de diligencia de estos últimos, en lo que se refiere a la legalización de su estado migratorio, pueda proyectarse negativamente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de sus hijos”. (num. 5.21, T- 021 de 2021)

Las siguientes providencias resolvieron problemas jurídicos similares, y dan cuenta de la línea jurisprudencial vigente en la materia:

En la Sentencia T-705 de 2017, la Sala Sexta de Revisión conoció la tutela de un menor de 11 años, diagnosticado con un “linfoma de Hodgkin” (cáncer del sistema linfático), a quien las

¹⁶¹ La Corte ha sostenido de manera enfática que “el reconocimiento de los derechos de los extranjeros genera la obligación de su parte de cumplir con las normas y los deberes establecidos para todos los residentes en el país” (Sentencia T-705 de 2017).

autoridades en salud de Norte de Santander le negaron una tomografía de cuello, tórax y abdomen, las cuales eran necesarias para determinar el tratamiento que requería su enfermedad. La Corte decidió revocar la sentencia de segunda instancia y ordenó al Instituto Departamental continuar brindando atención en salud al niño hasta cuando se logre la afiliación al SGSSS, previo registro en la encuesta SISBEN. Así mismo, instó a la madre del menor, para que iniciará dentro del término de un (1) mes los trámites necesarios para regularizar su presencia y la de su hijo en el territorio colombiano.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-210 de 2018, la Sala Sexta de Revisión acumuló dos expedientes de venezolanos migrantes que presentaron acción de tutela contra autoridades en salud del departamento de Norte de Santander, por negarse a prestar ciertos servicios y/o procedimientos de salud que requerían. En el primer caso, se trataba de una mujer de 34 que padecía de cáncer de útero que solicitaba los servicios de quimioterapia, medicamentos y tratamientos para atender esta patología, y en el segundo, un menor de 2 años diagnosticado con hernia escrotal y umbilical, a quién le fue rechazado la valoración prioritaria por cirugía pediátrica.¹⁶² La Corte determinó que el Instituto Departamental de Salud desconoció los derechos a la salud y la vida de los accionantes, al no garantizar el tratamiento (primer caso) y procedimiento quirúrgico (segundo caso) requeridos y ordenados a los pacientes. Por lo tanto, ordenó a dicha entidad cubrir los servicios de urgencia que demanden hasta que logren la regularización de su situación migratoria, y posteriormente, la afiliación al SGSS, así como el registro en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales-Sisbén.

Seguidamente, en la Sentencia T-178 de 2019, la Sala Séptima de Revisión conoció de una acción de tutela interpuesta por el Personero Municipal de Aguachica, en defensa de los derechos a la salud, vida digna, igualdad y no discriminación de un niño recién nacido de padres venezolanos en situación irregular, a quién le fue negado su inclusión en las bases de datos del SISBÉN y se le

¹⁶² Esta Sentencia es de gran relevancia dentro de la línea jurisprudencial, ya que se abordó como problema jurídico, si ¿la normativa que reglamenta la regularización del estatus migratorio y el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los migrantes irregulares, vulnera el derecho a la igualdad de esta población?, y de hacerlo, si ¿dicha diferenciación es constitucionalmente admisible? En este caso, fue más allá de determinar si las autoridades en salud vulneraron los derechos a la igualdad, a la salud, a la vida y a la integridad física de los accionantes al negarse a autorizar y prestar los servicios médicos que éstos solicitaron, para revisar si la normatividad vigente y las condiciones sociales y económicas de los migrantes venezolanos, permitía cumplir con las condiciones para acceder al SGSSS.

negó el acceso al sistema de salud. La Corte decide tutelar los derechos fundamentales del menor al considerar que “le corresponde al prestador de servicios de salud registrar al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribirlo en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio”. Por lo tanto, le ordenó a la Alcaldía de Aguachica registrar al menor de edad a una EPS y adelantar la encuesta del SISBÉN al núcleo familiar del niño, con el fin de ser beneficiarios del régimen subsidiado de salud.

Así mismo, en la Sentencia T-197 de 2019 se conoció el caso de un migrante de 47 años, diagnosticado con “carcinoma de células escamosas moderadamente diferenciado”, quien solicitaba el tratamiento de quimioterapia, radioterapia y medicamentos oncológicos. Aunque al paciente recibió atención básica de urgencias en una IPS de Nivel I del Municipio de Buga, no se le brindó el tratamiento adecuado y especializado que requería su enfermedad, por lo cual, el máximo tribunal revocó la decisión de instancia y ordenó a la Secretaría de Salud Municipal y Departamental adoptar las medidas suficientes para que fuera atendido en una IPS con capacidad de atender su patología. Además, le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Alcaldía Municipal informarlo y acompañarlo para adelantar los trámites legales de regularización.¹⁶³

En el mismo sentido, la Sentencia T-459 de 2019 acumuló 4 procesos de tutela de migrantes venezolanos en situación irregular, a quienes las Secretarías de Salud Departamentales y los distintos Hospitales de los municipios donde residían, le negaron los servicios y procedimientos médicos que requerían para preservar sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad y a la seguridad social.¹⁶⁴ La Corte consideró, en los tres primeros casos,

¹⁶³ La regla de decisión señalada de manera taxativa es: “Una entidad territorial vulnera los derechos fundamentales a la vida digna y salud de una persona venezolana cuando se abstiene de activar las competencias a su cargo para lograr que acceda a los servicios de salud que requiere con necesidad dada la patología catastrófica que lo aqueja y que le impide disfrutar de unas condiciones de existencia en dignidad”.

¹⁶⁴ En el primer caso, una señora interpuso acción de tutela contra el Hospital Nuestra Señora de los Remedios y la Secretaría de Salud Distrital de Riohacha, la Guajira, quienes presuntamente le negaron la entrega de los medicamentos formulados para el tratamiento del *lupus eritematoso sistémico* que padece. En el segundo caso, una señora de 73 años de edad que padecía de *cardiopatía hipertensiva hta severa con disfunción diastólica del vi, acv hemorrágico, diabetes mellitus tipo i insulinodependiente, gastritis crónica, síndrome de colon irritable, ansiedad e insuficiencia vascular cerebral*,” presentó acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia, el Municipio de La Estrella, la Secretaría de Salud Municipal y el Sisbén, quienes presuntamente negaron el tratamiento integral que requería. En el tercer caso, la tutela fue presentada por una venezolana diagnosticada con *trastorno de ansiedad* no especificado causado por la desaparición de su hijo. El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la Secretaría de Salud Municipal de Villa del Rosario le negó la autorización de la cita con la especialidad de psiquiatría prescrita. El cuarto caso corresponde a un menor de edad a quien el Instituto Departamental

que ninguna de las entidades accionadas vulneró los derechos fundamentales de los pacientes, toda vez que les fue suministrado la atención básica a la que tenían derecho. Por lo tanto, se reiteró la exigencia para los extranjeros de contar con un documento válido de identificación para acceder a un tratamiento integral de salud. Sin embargo, frente al caso del menor de edad, aunque se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, la Corte concluyó que el Instituto Departamental de Salud desconoció las garantías constitucionales del menor al no prestar la atención de urgencias ni autorizar el tac de senos paranasales de manera oportuna. Se reitera que “una adecuada atención de urgencias comprende “emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas”. (Sentencia T-705 de 2017)

Igualmente, en la Sentencia T-021 de 2021, la Sala Séptima de Revisión, analizó el caso de una menor migrante de edad de 7 años, a quién le fueron negadas las consultas médicas por las especialidades de oftalmología, optometría, ortopedia y fisioterapia, por padecer de “estrabismo, trastorno de la refracción no especificado, deformidad en valgo no clasificada y otras anormalidades de la marcha y movilidad”. La Corte decidió tutelar el derecho fundamental a la salud de la niña, ordenando a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda autorizar las citas por las especialidades ordenadas, aunque la menor no contara con un documento de identificación válido que le permita pertenecer en el SGSSS. Además, exhortó a la madre de la menor para que regularizara el estatus migratorio de su hija, con la finalidad de lograr la afiliación al régimen subsidiado en salud.

En la misma línea metodológica de los capítulos anteriores, se pasa a describir los elementos de la *obiter dicta* de la presente línea jurisprudencial.

4.3.1 Fundamentos Jurídicos de la Obiter Dicta

Primer fundamento, definición del derecho fundamental a la salud y del derecho a la salud de los extranjeros en territorio nacional

de Salud de Norte de Santander y el Hospital Universitario Erasmo Meoz negaron autorizar el “tac de senos paranasales”, el cual le fue ordenado debido al “tumor de comportamiento incierto o desconocido del labio, de la cavidad bucal y de la faringe”.

Todas las sentencias destinaron un capítulo para definir el derecho fundamental a la salud y la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema de salud. De manera particular, las que abordaron problemas jurídicos de la atención en salud de los menores de edad, precisaron el marco normativo que fundamenta el derecho al acceso al sistema de salud de niños y niñas venezolanos con padres en situación irregular.

En las Sentencias T-021 de 2021 y T- 705 de 2017 se abordó el contenido del derecho a la salud de los menores de edad en el marco constitucional: el artículo 44 puntualiza que “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”; el artículo 48 establece la salud como servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; el artículo 47 establece la atención especial que requieren quienes padecen de una disminución física, sensorial o psíquica; el artículo 49 indica que el Estado debe garantizar a toda persona la atención en salud y el saneamiento ambiental ,y el artículo 50 obliga a todas las instituciones de salud que reciben recursos del Estado a brindar atención gratuita a menores de un año.¹⁶⁵

En cuanto a la protección del derecho fundamental a la salud de los menores de edad, se resalta la primacía de los derechos de los niños, quienes deben disfrutar del más alto nivel posible de salud¹⁶⁶¹⁶⁷. Se enumeran diferentes instrumentos internacionales que protegen el derecho a la salud del menor de edad, el interés superior del menor, el derecho a la igualdad de trato y el principio de no discriminación¹⁶⁸, así: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2, 25) , la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2), el Pacto Internacional de

¹⁶⁵ “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado”

¹⁶⁶ La Ley 1098 de 2006 “Código de Infancia y Adolescencia”, definió el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como “(...) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

¹⁶⁷ En la Sentencia T-705 de 2017 se afirma lo siguiente: “Resulta claro para esta Corporación que, cuando se trata de menores de edad, su protección no solo debe ser preferente a la de las demás personas, sino que, a su vez, deben recibir un tratamiento integral, el cual incluye todo aquello que sea necesario para la recuperación, rehabilitación e integración social del infante, así como aquellos servicios que le permitan desarrollar su vida en condiciones dignas” (num. 3.5). Además, cuando las personas padecen enfermedades degenerativas, progresivas y catastróficas como el cáncer o el SIDA, se encuentran en una condición de vulnerabilidad mayor, por lo cual se deben tomar medidas de protección especial para su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

¹⁶⁸ “En ese orden de ideas, uno de los principios decantados es el de ‘no discriminación’, desarrollado por el párrafo 34 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual sostiene que es deber de los Estados garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas, “incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales”; por tanto, podría entenderse que los niños, niñas y adolescentes, migrantes en situación irregular, tienen derecho a la salud, al igual que los menores connacionales.” (num. 4.8, T-021 de 2021)

Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales-PIDESC (artículo 2.2 y artículo 12) y La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 3.1).¹⁶⁹

Por su parte, en la Sentencia T-459 de 2019 se abre un capítulo para subrayar el marco internacional de los derechos de los migrantes en materia de salud, en donde se recuerdan los diferentes compromisos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (artículo 28), la Declaración del Comité sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrante, el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud y la Resolución 2 de 2018 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁰. Igualmente, mencionan la declaración de Quito, como documento de cooperación entre los países de la región para prestar ayuda humanitaria y lograr una migración ordenada y segura de las personas provenientes de Venezuela.

Las Sentencias T-210 de 2018, T-178 de 2019 y T-459 de 2019 conceptualizan el derecho a la salud como “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud mental y física de una persona” (artículo 12, PIDESC) e incluye el “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (Observación General 14 del año 2000, CESCR).¹⁷¹ Igualmente, se señala el deber del Estado de garantizar el más alto nivel de salud y de implementar políticas migratorias a favor de los niños y niñas en

¹⁶⁹ Igualmente, en esta providencia, se reitera la obligatoriedad de las entidades prestadoras de salud de afiliar de oficio al SGSS a los recién nacidos de padres venezolanos, toda vez que “se encuentra en una situación de vulnerabilidad más alta, por lo que requiere una mayor atención en temas de salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y **del Estado**, tal y como se establece en el artículo 50 de la Constitución Política”. (Sentencia T-021 de 2021)

¹⁷⁰ La Corte Interamericana afirmó que los migrantes de nacionalidad venezolana son considerados como un grupo en situación de vulnerabilidad. La CIDH exhortó a los Estados miembros de la OEA, entre otras cosas, a: i) “*Garantizar el ingreso al territorio a las personas venezolanas para buscar protección internacional o para satisfacer necesidades humanitarias urgentes, incluyendo el reconocimiento de la condición de refugiado. Asimismo, se deben adoptar medidas dirigidas a garantizar la reunificación familiar de las personas venezolanas con sus familias*”; ii) “*Expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la progresiva expansión de la liberalización de visas, así como regímenes de facilitación de visas de fácil acceso (...)*”; iii) “*Implementar una estrategia coordinada de alcance regional e internacional, la cual debe estar basada en la responsabilidad compartida y en el abordaje desde un enfoque de derechos humanos para dar respuesta a la rápida y masiva situación de personas que se están viendo forzadas a migrar de Venezuela*; iv) “*No criminalizar la migración de personas venezolanas, entre otras acciones.* (num. 34, T-459 de 2019)

¹⁷¹ El PIDESC señala que toda persona tiene derecho a la seguridad social (artículo 9) y, por lo tanto, la nacionalidad no debe ser utilizada con fines de discriminación (artículo 2).

migración, de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia T-760 de 2008, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva No. 21 de la Corte Interamericana.

Todas las providencias describen los componentes de solidaridad¹⁷², universalidad e integralidad¹⁷³ como pilares fundamentales de la garantía del derecho a la salud. Además, de manera especial se aborda el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, pues adquieren una especial connotación frente al trato que deben recibir los extranjeros en el territorio colombiano.¹⁷⁴

La Corte afirma que, de una interpretación armónica de los artículos 13, 48, 49 y 100, se establece que todas las personas tienen derecho a recibir atención en salud, independientemente de su origen nacional. Para ello, se ha reconocido que los extranjeros tienen iguales derechos y deberes que los colombianos “salvo las excepciones y limitaciones establecidas en la Constitución y la ley”¹⁷⁵. Una de esas excepciones es la política migratoria, la cual puede hacer diferenciaciones entre nacionales y extranjeros, para este caso, resulta válido los requisitos establecidos para el acceso al

¹⁷² La Sentencia T-210 de 2018 realiza un extenso desarrollo conceptual del principio de solidaridad a partir de la jurisprudencia constitucional, para destacar el deber de establecer mecanismos que permitan la participación del Estado y la sociedad civil en torno al derecho a la salud de los migrantes¹⁷². Además de la necesidad de optar por la asistencia y cooperación internacional para obtener recursos y utilizar al máximo los recursos disponibles para avanzar en la realización del derecho a la salud de los migrantes.

¹⁷³ “implica que el servicio suministrado integre todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias que el médico tratante prescriba como necesarios para efectos de restablecer la salud o mitigar las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida” (Num. 4.17, T- 021 de 2021)

¹⁷⁴ Estos principios han sido estipulados en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración del Comité sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrantes... El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2017), determina el alcance del derecho a la salud de los migrantes, al señalar que “*el contenido mínimo esencial de cada uno de los derechos debe protegerse en todas las circunstancias, y las obligaciones que esos derechos conllevan deben hacerse extensivas a todas las personas que se encuentran bajo el control efectivo del Estado, sin excepción*” (num. 17, T- 210 de 2018) ... Además, en la Observación General no. 14, párrafos 30 y 31 se señaló que “Pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la *“obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud”*”.

¹⁷⁵ La Sentencia T- 705 de 2017 desarrolla la interpretación que ha realizado el máximo tribunal de los artículos 4° y 100° superior. Si bien los extranjeros deben ser tratados en condiciones de igualdad, también estos deben cumplir con la Constitución y la Leyes establecidas para todos los residentes en Colombia. Mientras que el artículo 4° impone a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional un deber de sometimiento a la “Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, el artículo 100 complementa el anterior mandato, estableciendo que estos “disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”.

SGSSS por parte de los migrantes, esto es, el deber de regularizar su situación migratoria y adelantar los trámites de afiliación ante el sistema.¹⁷⁶

Además, se desarrolla el derecho de los extranjeros a recibir atención de sus necesidades básicas relacionadas con el derecho a la salud.¹⁷⁷ Esta se convierte en una obligación de cumplimiento inmediato para las instituciones prestadoras del servicio de salud. Sin embargo, se espera que el Estado pueda avanzar en garantizar no solo la atención de urgencias, sino la atención en salud preventiva con un enfoque de salud pública para todos los migrantes.¹⁷⁸

Segundo fundamento, reglamentación del derecho a la salud de los extranjeros en territorio nacional

El Estado Colombiano cuenta con un marco normativo que regula la atención en salud para la población extranjera residentes en el territorio nacional. En las providencias T-705 de 2017, T-210 de 2018, T-178 de 2019, T-459 de 2019 se citó la normatividad vigente y los deberes de las entidades territoriales en la prestación del servicio de salud. A continuación, se presenta de manera general este marco normativo:

- Los artículos 5 y 6 de la Ley Estatutaria de Salud traen una serie de obligaciones a cargo del Estado, y definen el principio de universalidad y solidaridad.
- El artículo 168 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la Ley 715 de 2001 consagran la atención inicial de urgencias como obligatoria en cualquier IPS del país. Igualmente, los artículos 10 y 14 de la Ley 1751 de 2015 estipulan la obligatoriedad de la prestación del servicio de atención inicial de urgencias en salud para toda persona.¹⁷⁹

¹⁷⁶ “(i) la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional; y (ii) que se debe velar por garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta” (Sentencia T-565 de 2019)

¹⁷⁷ Sentencias T-215 de 1996, T-321 de 2005, T-338 de 2015, C-834 de 2007, T-314 de 2016.

¹⁷⁸ Especialmente, la Sentencia T-210 de 2018 desarrolla un argumento jurídico que explica la faceta prestacional del derecho a la salud, indicando que algunas de las obligaciones son de cumplimiento inmediato y otras pueden ser cumplidas de forma progresiva. Así, es de cumplimiento inmediato y exigible de forma directa, la atención de urgencias de la población migrante; es de cumplimiento progresivo y gradual la afiliación al sistema y la atención integral de los migrantes. En todo caso, el Estado debe avanzar en la ampliación de la cobertura del sistema de protección social.

¹⁷⁹ La normativa advierte igualmente que el incumplimiento de esta disposición será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por cada multa (num. 9, T-210 de 2018)

- La atención de urgencias se realiza con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones -SGP y complementariamente con recursos del orden nacional fijados por el Decreto 866 de 2017¹⁸⁰. En este caso se dispone de los recursos excedentes de la Subcuenta del FOSYGA para cubrir el pago de las atenciones iniciales de urgencia de los nacionales de países fronterizos (artículo 2.9.2.6.1).¹⁸¹
- El artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 fija la universalización del aseguramiento, al establecer que “todos los residentes en el país deberán ser afiliados del SGSSS”. También establece el trámite para la atención en salud de las personas no afiliadas¹⁸², entre otras obligaciones.
- El Decreto 780 de 2016 “Único Reglamentario del sector salud” fija las reglas de la afiliación al SGSSS, para lo cual, todas las personas deben tener un documento de identidad válido para afiliarse (artículo 2.1.3.5). El num. 5 del artículo 2.1.3.5 precisa que algunos de los documentos que pueden presentarse con el fin de obtener la afiliación son la “(c)édula de extranjería, el pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros”. A esos documentos fue añadido el Permiso Especial de Permanencia -PEP-. El artículo 2.1.3.11. contempla la posibilidad de afiliar al niño recién nacido de padres no afiliados ante una EPS.¹⁸³

Igualmente se expone la normativa destinada a fortalecer la política pública en materia de atención en salud de la población migrante, así: con el Decreto 1067 de 2015¹⁸⁴ se definieron los eventos en los cuales una persona se encuentra en situación de permanencia irregular; con el Decreto 1743 de 2015 se reglamentaron los tipos de visa para que los extranjeros puedan permanecer de manera regular en el territorio nacional; con la Resolución 3015 de 2017 se creó el Permiso Especial de Permanencia (PEP) como documento válido de identificación en los Sistemas de Información del

¹⁸⁰ Por el cual se sustituye el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en cuanto al giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países fronterizos.

¹⁸¹ “1. Que corresponda a una atención inicial de urgencias. 2. Que la persona que recibe la atención no tenga subsidio en salud en los términos del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, ni cuente con un seguro que cubra el costo del servicio. 3. Que la persona que recibe la atención no tenga capacidad de pago. 4. Que la persona que recibe la atención sea nacional de un país fronterizo. 5. Que la atención haya sido brindada en la red pública hospitalaria del departamento o distrito”... Además, el artículo 2.9.2.6.4 dispone que los recursos serán distribuidos entre los departamentos y distritos que atiendan a población fronteriza, priorizando los que se encuentran ubicados en las fronteras.

¹⁸² Este artículo determinó que el gobierno nacional debe desarrollar los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes del Estado al SGSSS y la prestación de los servicios básicos en salud a la población no afiliada. Igualmente, señala el parágrafo primero que “quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario”.

¹⁸³ “3. Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar.”

¹⁸⁴ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

Sistema de Protección Social¹⁸⁵; con el Decreto 1288 de 2018 se reconoce el acceso a la oferta institucional en salud, educación y trabajo, entre otros beneficios, a los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV)¹⁸⁶; y mediante la Ley 1873 de 2017 el Gobierno Nacional se comprometió a diseñar una política integral humanitaria para atender a esta población.

Por lo tanto, para aquellos extranjeros que no hayan regularizado su situación en el país, el SGSSS no prevé una cobertura especial que se extienda más allá de la “atención de urgencias”. Y se repite que, para recibir atención integral, deben obtener un documento válido de identificación para realizar la afiliación al sistema¹⁸⁷.

Las Sentencias T-705 de 2017, T-210 de 2018 y T-021 de 2021 realizan una exposición de la reglamentación aplicable para el ingreso al Sistema de Salud en el régimen subsidiado, concluyendo que todas las personas sin capacidad de pago, en condición de pobreza y vulnerabilidad tienen igual derecho de acceso a los servicios sanitarios a través del régimen subsidiado. Para ello, las entidades territoriales, tanto a nivel departamental como municipal, ostentan unas competencias frente a la coordinación de dicho régimen y la prestación de los servicios de salud, que se encuentran definidas en la Ley 100 de 1993 (artículo 174), Ley 715 de

¹⁸⁵ “El Ministerio de Relaciones Exteriores creó el llamado **Permiso Especial de Permanencia –PEP-** mediante la **Resolución 5797 de 2017**, como un mecanismo de facilitación migratoria que permite a los nacionales venezolanos permanecer en Colombia hasta por dos años de manera regular y ordenada, con el cumplimiento de determinados requisitos. El PEP es un documento otorgado por Migración Colombia con el fin de autorizar la permanencia de migrantes venezolanos que se encuentren en el territorio nacional sin la intención de establecerse, razón por la cual, no equivale a una Visa, ni tiene efectos en el cómputo de tiempo para la Visa de Residencia Tipo “R”” (num. 27, T-210 de 2018). Sin embargo, este permiso se limitó a los extranjeros que ingresan de manera regular por punto de control migratorio.

¹⁸⁶ El artículo 7 del Decreto 1288 de 2018 establece lo siguiente: Los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos tienen derecho a la siguiente atención en salud: (i) la atención de urgencias; (ii) las acciones en salud pública, a saber: vacunación en el marco del Programa Ampliado de Inmunizaciones-PAI, control prenatal para mujeres gestantes, acciones de promoción y prevención definidas en el Plan Sectorial de respuesta al fenómeno migratorio y a las intervenciones colectivas que desarrollan las entidades territoriales en las cuales se encuentren dichas personas, tal y como se indica en la Circular 025 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social y, (iii) la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016, ...”.

¹⁸⁷ En la Sentencia T-210 de 2018 se reitera que “si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación”. (num. 11).

2001 (artículos 43,44,45)¹⁸⁸ y la Ley 1438 de 2011. Además de la obligación de garantizar el acceso al servicio de salud de la ‘población pobre no asegurada’ que no se encuentra en el régimen subsidiado¹⁸⁹. Igualmente, se precisan las funciones de los Municipios con respecto a la administración la implementación, actualización y operación de la base de datos del SISBÉN.

Por su parte, la Sentencia T-210 de 2018 y T-705 de 2017 desarrollan el concepto de la atención de urgencias y la atención inicial de urgencias (de acuerdo con el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, el Decreto 866 de 2017, la Resolución 5269 de 2017 y la Circular 25 de 2017 del Ministerio de Salud), definido como:

- i) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas. Igualmente, en caso de que el medio necesario para lo anterior no esté disponible en el hospital que presta la atención de urgencias inicial (ii) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio que sí disponga del medio necesario para estabilizarlo y preservar la vida del paciente. (num. 5.10, Sentencia T-705)

Igualmente, en la providencia T-179 de 2019, refiriéndose a la anterior definición, hace hincapié en que “toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’, especialmente cuando se enfrenta a un padecimiento ruinoso, escenario en el cual “a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata”. (aportes citados de la Sentencia T-760 de 2008)

¹⁸⁸ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”... El artículo 44 de la Ley 715 de 2001 dicta unos derroteros relacionados con las competencias de los municipios en materia de asegurabilidad, como por ejemplo la de los num.es 44.2.1. y 44.2.2. (*Ibidem*), en la que deben “Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin”; e “identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia”.

¹⁸⁹ “La población pobre no asegurada, mientras logra ser beneficiaria del régimen subsidiado, tiene derecho a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, con recursos de subsidios a la oferta”. (Concepto 2-2012-013619 de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud)

Tercer fundamento, jurisprudencia constitucional

De las regulaciones especiales en materia de salud expedidas por el gobierno y los precedentes en la materia de la jurisprudencia constitucional, se evidencia que la Corte ha construido una sólida línea jurisprudencial para garantizar la atención en salud a la población migrante. Las Sentencias T-314 de 2016, SU-677 de 2017, T-705 de 2017, T-210 de 2018, T-348 de 2018 y T-197 de 2019, entre otras, recogen los argumentos que definen la relevancia del derecho a la salud de la población extranjera y son citadas en el presente escenario constitucional¹⁹⁰. Las subreglas establecidas han sido citadas en todas las providencias, en las cuales, *grosso modo*, se ha enfatizado lo siguiente:

- (i) que el derecho a la salud es un derecho fundamental y uno de sus pilares es la universalidad,
- (ii) los extranjeros, por el solo hecho de ser personas que habitan el territorio nacional, son titulares de la protección de sus derechos a la salud y a la vida digna, (iii) todos los extranjeros, independientemente de si están regularizados o no, tienen derecho a recibir atención de urgencias, (iv) Esta atención básica o de urgencias “puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente”, (v) sin embargo, para recibir atención médica integral “tienen la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación”. (Recopiladas en la T-452 de 2019)

De esta forma, como ya se indicó, para recibir atención integral, las personas migrantes adultas deben de cumplir con la normativa aplicable para afiliarse al SGSSS. Sin embargo, cuando se trata de menores de edad extranjeros en situación irregular, se les debe brindar la atención integral por ser sujetos de especial protección constitucional. Por lo tanto, estas subreglas han sido reiteradas en las providencias estudiadas, relacionando la línea jurisprudencial desde el año 2016 (T-314 de 2016, T-705 de 2017, T-210 de 2018, T-348 de 2018, T-197 de 2019, T-452 de 2019, T-178 de 2019, T-390 de 2020).

¹⁹⁰ La Sentencia T-459 de 2019 describe el tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros, derechos que en todo caso pueden ser restringidos o subordinados a condiciones especiales por razones de orden público. Para ello enuncia las reglas fijadas en la Sentencia C-834 de 2007 y recopiladas en la Sentencia T-051 de 2019. Además de las Sentencias T- 172 de 1993, T- 380 de 1998, C- 1259 de 2001, C- 339, C- 395 y T- 680 de 2002; C- 523, C- 913 y C- 1058 de 2003, C- 070 de 2004, y C- 238 de 2006.

De manera especial, las Salas de Revisión acogieron los criterios de interpretación definidos en la Sentencia SU-677 de 2017¹⁹¹, donde se unificaron las subreglas sobre la materia:

“(i) el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; (ii) todos los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; y (iii) los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física” (Sentencia SU- 677 de 2017, citado en la T-178 de 2019, num. 16).

Cuarto fundamento, consideraciones particulares en las distintas providencias

En la Sentencia T-178 de 2019 se abre un capítulo para explicar el contexto de la migración venezolana en territorio colombiano: Debido a la coyuntura política, social y económica del país vecino, que ha provocado el éxodo de millones de venezolanos, el Estado Colombiano ha tenido que emitir una serie de medidas de política pública para promover la regularización e integración de esta población¹⁹². En el sector salud, el Consejo Nacional de Política Económica y Social emitió el documento CONPES 3950 de 2018 “Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela” y el Ministerio de Salud y Protección Social “El Plan de respuesta del sector salud al

¹⁹¹ En esta providencia la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó una acción de tutela interpuesta por una ciudadana venezolana en estado de embarazo, que se encontraba en situación irregular, a quien le fueron negados los controles prenatales y la asistencia al parto por no encontrarse afiliada al sistema de seguridad social en salud. La Corporación concluyó que la accionante sí requería una atención urgente, porque su salud se encontraba en un alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazada y por encontrarse en medio de un proceso de migración masiva irregular. Sin embargo, declaró la carencia actual de objeto al comprobar que las entidades accionadas si suministraron la atención que requería la paciente. Es importante señalar que, pese a unificar los criterios sobre la materia, también precisó que, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el país, *“tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación”*.

¹⁹² Para ello, se ha creado todo un sistema de permisos especiales de permanencia y se activó el registro Administrativo para los Migrantes Venezolanos que ha servido para caracterizar la población proveniente de este país. (num. 10)

fenómeno migratorio del 2018”, con la finalidad de dar respuesta oportuna a la protección de los derechos humanos de esta población en situación de vulnerabilidad.¹⁹³

Igualmente, se abordan diferentes temáticas: primero, la grave situación en Venezuela de las madres en estado de embarazo y en lactancia¹⁹⁴; segundo, el deber que tiene la administración de informar, asistir y dar acompañamiento a las personas migrantes para acceder a programas o servicios que mejoren sus condiciones de existencia; tercero, la descoordinación y el desconocimiento por parte de las entidades encargadas de ejecutar la política pública migratoria¹⁹⁵.

Por su parte, la Sentencia T-210 de 2018 definió un capítulo sobre el derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia y las principales barreras legales para su protección efectiva. Se realizó un resumen del marco legal migratorio que se ha expedido desde el año 2016¹⁹⁶ y se describieron las barreras económicas y administrativas que encuentra dicha población para regularizar su situación en territorio nacional¹⁹⁷. Estas dificultades hacen improbable lograr la materialización del principio de universalización del aseguramiento, por lo cual la Corte hace un llamado al gobierno nacional para que revise la normativa vigente y se tomen medidas para reducir estas cargas desproporcionadas a los migrantes y adoptar medidas eficaces que garanticen el más alto nivel de salud.¹⁹⁸

¹⁹³ “Lo que se pretende con el plan es formalizar todas las acciones y actividades que se vienen adelantando por parte de distintas entidades para garantizar el acceso a la salud de la población migrante y fortalecer el proceso de implementación de la Política de Atención Integral en Salud de las entidades territoriales de zonas fronterizas. En este documento se reconoce como una población vulnerable, y, por tanto, beneficiaria de atención prioritaria, las madres gestantes y los niños, niñas y adolescentes” (num. 11)

¹⁹⁴ De acuerdo con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2017, se registró un aumento en la muerte infantil y mortalidad materna.

¹⁹⁵ Por lo tanto, “es esencial que estos esfuerzos lleguen efectivamente a los migrantes y esto solo se logra si las instituciones conocen de sus competencias y las publicitan, lo que implica una mayor coordinación y articulación interinstitucional e intersectorial” (num. 28).

¹⁹⁶ El Decreto 1067 de 2015 considera permanencia irregular en los siguientes casos: (1) cuando haya ingresado de forma irregular al país (por lugar no habilitado; por lugar habilitado, pero con evasión y omisión del control migratorio; o sin la documentación necesaria o con documentación falsa); (2) cuando habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (3) cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa; y (4) cuando el permiso que se le ha otorgado, haya sido cancelado por las razones que se contemplan en la ley. Un ingreso regular al país será, entonces, aquel que se haga por medio de los pasos fronterizos, y con la presentación de la debida documentación. (ibídem, num. 24)

¹⁹⁷ Se mencionan las dificultades para obtener un documento válido que permita regularizar su situación migratoria, bien sea la Visa (Decreto 1743 de 2015 y la Resolución 6047 de 2017), el Pasaporte o el Permiso Especial de Permanencia. Además, se expone los requisitos para realizar la inscripción extemporánea de nacimiento de los colombianos nacidos en el exterior (Decreto 356 de 2017, Circular 064 y 145 del 2017 de la Registraduría), procedimiento que también presenta barreras asociadas con la exigencia de documentación apostillada.

¹⁹⁸ La difícil realidad que afrontan los ciudadanos venezolanos en su territorio y los nuevos riesgos vienen a asumir al ingresar como migrantes a Colombia en situación de irregularidad, requieren que el Estado sea más enérgico y

4.4 El Acceso a Tratamientos de Fertilidad: La Fertilización In Vitro a través del Sistema en Salud.

La Corte Constitucional desde el año 2000 ha adoptado una posición uniforme y restrictiva en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para autorizar tratamientos de fertilidad. Esta posición ha sido justificada con fundamento en el artículo 43 de la Constitución Política, que dispone la no obligatoriedad del Estado Colombiano de garantizar la procreación ni la maternidad asistida, de la mano de las razones que justifican los límites que impone el principio de sostenibilidad financiera en el sistema de seguridad social, cuya destinación de recursos debe estar guiada por criterios de racionalización y priorización.

En este escenario constitucional se analizarán los fundamentos jurídicos enunciados en las Sentencias T-009 de 2014, T-274 de 2015, T-398 de 2016, T-316 de 2018, T-377 de 2018 y T-337 de 2019, para justificar la regla de decisión adoptada por la jurisprudencia frente a los tratamientos de maternidad asistida. En estos fallos, se conocieron casos de mujeres que se encuentran imposibilitadas para procrear, debido a que padecen de infertilidad femenina ya sea primaria o secundaria, algunas de origen tubárico, con diagnóstico de miomatosis uterina, endometriosis severa, falta de ovulación, amenorrea secundaria, entre otras. Ello conlleva a que la *fertilización in vitro* sea el único medio para lograr el embarazo y llegar a ser madres. Sin embargo, muchas de las accionantes no cuentan con la capacidad económica para acceder a dicho tratamiento de manera particular, el cual resulta ser de alto costo.¹⁹⁹

En Sentencia T-009 de 2014, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas resolvió el caso de una paciente, a la que diagnosticaron infertilidad de “origen tubárico”, que conlleva que la fertilización *in vitro* sea el único medio para lograr embarazo con óvulo propio. En esta oportunidad, se confirmó el

constante en la adopción de medidas que garanticen una efectiva garantía de su derecho fundamental a la salud. (num. 45)

¹⁹⁹ El impacto fiscal generado por incluir los tratamientos de fertilidad en el POS sería considerable, porque en un promedio general se acepta que al menos el 30% de los casos de infertilidad se tratan con fertilización *in vitro*, y si se tiene en cuenta su costo aproximado de 14'000.000, representaría un total de 9,8 billones de pesos para su financiación (Federación Médica Colombiana, Sentencia T-274 de 2015, 2.4.5)...Costos relacionados tratamientos de fertilidad: Fecundación *in vitro* \$20'547.100, Inseminación artificial \$17'000.000, Inyección intracitoplasmática de espermatozoides \$20.950.000, Implante de ovocitos donados \$32'230.500 (Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *Ibidem*, 2.2.4)

fallo proferido por el juez de primera y segunda instancia, que denegaron el amparo solicitado, considerando que “el procedimiento pedido no emerge del deber de preservar o recuperar la salud, sino del entendible deseo de concebir, pero requiriendo el impetrado artificio de la fertilización in vitro, cuyo cubrimiento oficial, al generalizarse como en efecto tendría que ocurrir por igualdad, afectaría la sostenibilidad fiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud” (num. 5.2).

Contrario a la anterior decisión, que marcaba la constante hasta el año 2015, en la Sentencia T-274 de 2015, se reinterpretó el acceso a los tratamientos de fertilidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se concedió el amparo de cuatro tutelas que buscaban al acceso a tratamiento de fertilización in vitro, toda vez que la “falta del medicamento o tratamiento de fertilización in vitro excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia” (num. 6.2.2). Como se mostrará en las siguientes líneas, este fallo consideró insuficientes las subreglas establecidas hasta ese momento, siendo necesario analizar las consecuencias jurídicas de la faceta prestacional del derecho a la salud, y por otro, el deber estatal de proteger a los individuos frente a acciones arbitrarias que podrían afectar la vida privada y familiar.

Posteriormente, negando el cambio de precedente asumido en el fallo anterior, la Sala Segunda de Revisión, en la Providencia T- 398 de 2016, estudió el caso de dos accionantes, las cuales perdieron ambas trompas de Falopio y fueron diagnosticadas con “infertilidad femenina de origen tubárico”, en el primer caso, y con “infertilidad primaria y patología tubárica bilateral”, en el segundo caso. Por lo cual, el médico tratante ordenó la práctica de una fertilización in vitro como único medio para procrear. La Sala confirmó las sentencias de instancia que habían negado el amparo de los derechos fundamentales, en la medida en que “de acuerdo con el precedente constitucional, no cabe conceder las pretensiones elevadas en ambos casos, pues en ninguno de ellos se encuentra acreditada alguna de las circunstancias en las que esta Corte ha considerado que resulta procedente el amparo para asuntos atinentes a la fertilidad” (p. 33).

Igualmente, en Sentencia T-316 de 2018, la Sala Séptima denegó la solicitud del procedimiento de fertilización in vitro elevada por una mujer que padecía de “amenorrea secundaria” o “falta de ovulación” por extracción de ovarios. Ello, en razón a que la orden médica no fue prescrita por el

médico tratante de la EPS en los términos de la Resolución No. 3591 de 2016, y dichas ordenes médicas no cubiertas en el PBS con cargo a la UPC deben ser aprobadas por la Junta de Profesionales de la Salud de la EPS. Además, se consideró que “de las pruebas aportadas al proceso de tutela de la referencia como de los escritos allegados por la entidad accionada, no se puede determinar que el procedimiento de fecundación *in vitro*, permita disminuir o eliminar los efectos físicos o psicológicos que padece la señora” (p.33).

En la misma línea, la Sala Séptima de Revisión, en Sentencia T-377 de 2018 confirmó los fallos proferidos por los jueces de instancia, que habían negado el tratamiento integral de infertilidad a la accionante, quien fue diagnosticada con “esterilidad primaria por daño severo e irreversible bilateral de las trompas de Falopio”. Al respecto, consideró que la accionante no se encontraba inmersa en las excepciones previstas por la jurisprudencia constitucional para acceder al referido procedimiento, además “su imposibilidad de procrear naturalmente no es producto de otra patología, ni está asociada al desarrollo de una enfermedad, toda vez que la disfunción reproductiva se debe a un problema físico originario, que carece de consecuencias adversas o peligrosas para su salud” (p. 25).

Finalmente, en la Sentencia T-337 de 2019, la Sala Quinta de Revisión conoció el caso de una mujer que padece de “endometriosis grado iv cistitis intersticial y endometritis crónica”, a quien su médico tratante le ordenó la realización de un tratamiento de fertilización *in vitro*. La Corte decide confirmar el fallo de segunda instancia afirmando que, “dado que el procedimiento de fertilización *in vitro* solicitado por D. S. M. G., no emerge del deber de preservar o recuperar su salud, sino del específico deseo de procrear, esta Sala reiterará la posición desarrollada por esta Corporación, al no cumplirse con los requisitos exigidos para el excepcional reconocimiento del procedimiento que se solicita en esta oportunidad” (p.30).

La *ratio decidendi* que ha sido construida alrededor del presente problema jurídico comprende cuatro reglas jurisprudenciales que permiten, de manera excepcional, el acceso a tratamientos de fertilidad por medio de la acción de tutela: (i) cuando se requiera garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, bajo el entendido que, una vez se haya iniciado un tratamiento de fertilidad por parte de la EPS, esta no puede suspenderlo de manera arbitraria,

ya que debe prevalecer los principios de eficacia en la prestación del servicio de salud y de confianza legítima. (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; en estas situaciones se protege el derecho al diagnóstico y el derecho a estar informado frente al estado de salud. (iii) Se configura cuando la infertilidad es producto o consecuencia de otro tipo de patologías o enfermedades en el sistema reproductor (infertilidad secundaria²⁰⁰) que afectan la salud y vida y deben ser tratadas. Así, al brindar dicho tratamiento se combate de forma indirecta la infertilidad²⁰¹. (iv) Se presenta cuando se identifica que el no garantizar el tratamiento de fertilidad genera una vulneración de algunos derechos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, no discriminación, salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad o a conformar una familia (esto a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías). Esta regla fue introducida a partir de la Sentencia T-274 de 2015, en la cual, se modificó el precedente al considerar que existía un déficit de protección del derecho fundamental a la salud reproductiva en su faceta prestacional. Posteriormente, la Sala Segunda de Revisión, en la Sentencia T-398 de 2016 consideró que no era acertada la mutación y adición que la Sentencia T-274 de 2015 había propuesto alrededor de las

²⁰⁰ En estos casos, la Corte ha realizado la distinción entre *infertilidad originaria o primaria* y la *infertilidad secundaria*. En la Sentencia T-890 de 2009 se precisó lo siguiente: “La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en forma reiterada ha sostenido que ‘el derecho a la maternidad no incluye la obligación de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. En este sentido, se entiende que la improcedibilidad de la tutela para otorgar este tipo de tratamientos se predica de la llamada infertilidad originaria... Por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia -generalmente- a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir. En las mujeres las principales causas de este tipo de infertilidad son los problemas ováricos, ovulación deficiente, obstrucción no genética de las trompas de Falopio, alteraciones hormonales o enfermedades infecciosas que son transmitidas sexualmente; en el hombre, anomalías repentinas en la producción hormonal. Así, la infertilidad secundaria es causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela” (citado en la Sentencia T-274 de 2015, num. 3.3).

²⁰¹ “La Corte ha protegido el derecho a la salud, cuando la persona padece de alguna enfermedad o patología, que, al ser tratada, le puede permitir a la mujer, de manera natural, quedar en estado de gestación, es decir, recuperar la condición física para procrear. En estos casos, la protección no está dirigida a autorizar tratamientos de infertilidad propiamente dichos, sino a superar o corregir anomalías físicas u orgánicas que permiten garantizar la integridad física, la salud y la vida en condiciones dignas” (T- 525 de 2011, num. 5.3. M.P. Mauricio González Cuervo). Dicho de otro modo, no se trata de propender en sede de tutela por el suministro de tratamientos para la infertilidad, requeridos simplemente por personas no aptas para concebir, sino de amparar la prestación de “*aquellos tratamientos solicitados para la recuperación de personas con enfermedades del aparato reproductor que afectan sustancialmente la salud y la vida en condiciones de dignidad humana, pero que concomitantemente disminuyen o impiden su capacidad reproductiva, caso en el cual habrá de brindarse la protección tutelar deprecada*” (T-901 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Reiterado en Sentencia T-398 de 2016)

reglas adoptadas sobre la procedibilidad de la acción de tutela para acceder a servicios excluidos del sistema de salud.²⁰²

En todo caso, cuando la finalidad principal del tratamiento de fertilización in vitro es la de facilitar la capacidad reproductora del paciente, la Corte en sede de tutela ha negado la protección, y solo bajo las anteriores excepciones, se ampara el derecho a la salud u otros derechos fundamentales. En las providencias abordadas, la mayoría de jueces de instancia aplicaron el precedente vigente establecido por el máximo tribunal constitucional, para negar el amparo de tutela, ya que no se configuraban ninguna de las excepciones previstas.

Ahora bien, para fundamentar esta posición, la Corte desarrolla dentro de la *obiter dicta* una serie de fundamentos jurídicos, los cuales se presentan a continuación en los cuatro niveles clasificados en las líneas jurisprudenciales anteriores.

4.4.1 Fundamentos Jurídicos de la Obiter Dicta

Primer fundamento, definición del derecho a la salud y el deber del Estado con respecto al derecho a la maternidad

El primer argumento reiterado en todas las providencias es la definición del derecho a la maternidad a partir del artículo 42 y 43 de la Constitución Política. Se afirma que el derecho a la maternidad no genera, prima facie, una obligación estatal en materia de fertilidad asistida, pues constitucionalmente dicha norma contiene un deber de abstención por parte del Estado “de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación” (Sentencias T-398 de 2016, p.14). Así, únicamente se ha reconocido el deber de proteger a la mujer embarazada y en periodo posparto:

²⁰² Las razones de esta negativa fueron justificadas por la alta complejidad del tema de los tratamientos de fertilidad, los cuales deben ser objeto de debate público y de discusiones que conlleven a una regulación por parte del Congreso de la República más no, a través de un control concreto de constitucionalidad. Al respecto, en la Sentencia T-377 de 2018 se afirmó lo siguiente: “se debe tener en cuenta que al crear unas reglas o criterios para que en sede de tutela se reconozcan, con un alcance general, tratamientos para la infertilidad al resolver casos concretos, también se terminarían zanjando precipitada y anticipadamente, sin haber sido siquiera tratadas, distintas hipótesis que surgirían alrededor del reconocimiento de estos procedimientos” (p. 25)

“la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la especial protección que se le debe a la mujer por parte del Estado Colombiano, principalmente cuando se encuentra en estado de embarazo y durante el periodo inmediatamente posterior al parto. Sin embargo, cuando la función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al Estado, no es responsabilidad de este” (Sentencias T-009 de 2014, T-274 de 2015, T-398 de 2016, T-316 de 2018, T-377 de 2018 y T-337 de 2019).

Seguidamente, se enuncia que el Estado debe garantizar el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y a proteger especialmente a la mujer durante el embarazo y después del parto. Paradójicamente, la Corte no desarrolla el contenido de este derecho más allá de la referencia a la norma superior y de enunciar el deber de abstención del Estado frente a la procreación, dejando a un lado las obligaciones prestaciones del derecho a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

De otro lado, encontramos que en solo en la Sentencia T-316 de 2018 se hace referencia a la definición del derecho a la salud a partir de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, especialmente de los artículos 1° y 2° establecen la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y se reconoce explícitamente, su doble connotación como derecho fundamental autónomo e irrenunciable y como servicio público esencial obligatorio a cargo del Estado.

Segundo fundamento, argumentos que desarrollan el marco normativo dentro del cual se restringe el acceso a dichos tratamientos por el Plan de Beneficios en Salud

En este segundo nivel encontramos el marco normativo del sistema de seguridad social en salud, en el cual se circunscriben los tratamientos de fertilidad y la regulación del Plan de servicios de salud y aseguramiento colectivo vigente. Esta referencia la encontramos en las Sentencias T-009 de 2014, T-274 de 2015, T-398 de 2016 y T-316 de 2018. A continuación, se resumen las normas que han fundamentado la exclusión de los tratamientos de fertilidad:

En principio, la Ley 100 de 1993 dispuso que los servicios incluidos en el POS tienen que ser actualizados de acuerdo con las condiciones financieras del sistema, en concordancia con este artículo, el Acuerdo 008 de 1994 incluyó como exclusiones del POS los tratamientos para la infertilidad por las siguientes razones:

(i) que la aplicación del POS está sujeta a las condiciones financieras del sistema y a la economía del país; (ii) que el criterio fundamental para evaluar la inclusión de actividades, intervenciones o procedimientos dentro del POS será la mayor efectividad en la utilización de los recursos y la mayor eficacia en términos de los resultados deseados a un costo que sea social y económicamente viable para el país y la economía; y (iii) que el principio guía de orientación del POS será la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad. (Sentencia T-398 de 2016, num. 4.)

Hasta el año 2015 fueron excluidos expresamente los tratamientos para la fertilidad del Plan Obligatorio de Salud²⁰³, ya que a partir de la Resolución 5592 de 2015 (acto administrativo que actualizó integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC) los tratamientos de reproducción asistida no fueron referenciados como exclusiones del plan²⁰⁴. Igualmente, en la Resolución No. 5269 de 2017, en su Anexo 2 *Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC*, no se incluyó ninguna categoría referente a “procedimientos de reproducción asistida”.

Además, con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, se presenta un nuevo panorama, el cual consiste en que los profesionales de la salud adquirieron autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes a su cargo (artículo 17), siendo posible ordenar procedimientos que no se encuentren expresamente excluidos del PBS, los cuales deben ser aprobados por la Junta de Profesionales de la Salud conformada en las IPS.²⁰⁵ Esto, sin olvidar el límite que presenta la faceta prestacional del derecho a la salud por las dificultades financieras del sistema, señalado en el artículo 15 de la citada ley.

Igualmente, todas las providencias citan los siguientes argumentos, que corresponden a la justificación de la exclusión de los procedimientos del PBS:

²⁰³ Se cita la Resolución 5521 de 2013, en la cual, los tratamientos para la fertilidad se encontraban expresamente excluidos de acuerdo con lo estipulado en el num. 4º del artículo 130.

²⁰⁴ Artículos 4, 5 y 6 de la Resolución 5592 de 2015.

²⁰⁵ La Resolución No. 3591 de 2016, en su artículo 5, estableció que la prescripción de los servicios y tecnologías en salud será realizada por el profesional en salud, el cual debe ser parte de la red de la EPS a través de MIPRES.

- (i) Estos procedimientos tienen como fin único la procreación y no el restablecimiento de la salud de la paciente.
- (ii) El Estado tiene un deber de abstención con el derecho a la maternidad, el de no intervenir en las decisiones relativas a la procreación. Y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada.²⁰⁶
- (iii) Quienes son diagnosticados con infertilidad tienen la posibilidad de contemplar la adopción para conformar una familia.
- (iv) Los recursos del SGSSS son limitados y deben ser priorizados para la atención de enfermedades que generen una grave afectación a la vida, antes de garantizar el derecho a la procreación.²⁰⁷
- (v) La exclusión de los tratamientos de fertilidad en los PBS corresponde a un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa²⁰⁸.

Tercer fundamento, jurisprudencia constitucional referenciada

En este nivel, encontramos los precedentes traídos por la Corte frente al enfoque que se le ha dado a los tratamientos para superar la infertilidad. Esto es, los argumentos de autoridad citados dentro de la sentencia que sirven para justificar una vez más, la decisión que se ha adoptado en el pasado y que tiene plena vigencia en los casos presentes:

Casos relevantes donde se ha negado el amparo por considerar que con ello no se afectan los derechos a la salud y a la vida digna: T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T- 946 de 2002, T-512 de

²⁰⁶ “En otras palabras, es plausible y merecedora de respeto la aspiración de mujeres y hombres de proyectarse genéticamente, pero la destinación de recursos tan necesitados para la atención de problemas realmente severos de salud, hacia progresivos costosos que permitan el nacimiento de más párvulos en satisfacción de la consanguinidad, contrasta con la existencia de tantos niños ya nacidos, que siguen requiriendo madre, padre, familia y amor” (T-009 de 2014, 3.4.)

²⁰⁷ Sentencias T- 1104 de 2000, T-689 de 2001, T-760 de 2008, T -226 de 2010, T-424 de 2009, T-935 de 2010, T-398 de 2016 entre otras.

²⁰⁸ “No se puede ordenar y obligar al Estado ni a las entidades promotoras de salud a prestar un procedimiento como es la fertilización in Vitro por cuanto autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa, el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes”(Sentencia T- 398 de 2016, num. 4.)

2003, T-752 de 2007, T-760 de 2008, T-424 de 2009, T-550 de 2010, T-935 de 2010, T-009 de 2014.

Casos en los cuales esta Corporación ha reconocido el acceso a tratamientos de fertilización in vitro, donde se reiteran las subreglas jurisprudenciales: i) Cuando con ello se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud (T-572 de 2002); (ii) Cuando se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, en los casos en los que se requiere: a) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) el suministro de un medicamento (T-901 de 2004, T-605 de 2007, T-636 de 2007); (iii) Cuando la patología de la infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad, caso en el cual se autorizan los procedimientos, tratamientos o medicamentos para tratar la enfermedad que afecta su aparato reproductor (T-901 de 2004, T-890 de 2009, T-525 de 2011); (iv) Cuando a partir de un análisis basado en derechos reproductivos y otras garantías, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de los derechos fundamentales (T-274 de 2015, T-306 de 2016).

En todos los fallos, la Corte cita algunas o todas las sentencias de la línea jurisprudencial, exponiendo los hechos relevantes y la razón de la decisión, como fundamento jurídico para reiterar nuevamente la *ratio*. Las consideraciones de la *obiter* se caracterizan por la predominancia de este tipo de argumentos, los cuales son usados como argumentos de autoridad para reiterar el precedente consolidado.

En las Sentencias T-398 de 2016, T-316 de 2018, T-377 de 2018, T-337 de 2019 se repite la postura asumida por el máximo tribunal de negar la función de implantar reglas generalizadas para promover los tratamientos de fertilización, a través de un control concreto de constitucionalidad. Por ello considera que este tema es de alta complejidad y debe ser sometido a un debate público:

Al respecto, cuestiones como, por ejemplo, la manipulación de embriones, el uso de los embriones concebidos in vitro que sea imposible transferirlos simultáneamente al útero (también llamados embriones sobrantes o supernumerarios), la crio-conservación o congelamiento de dichos embriones y la inseminación o fecundación in vitro post mortem, indudablemente son aspectos y debates públicos,

legales y científicos sobre los cuales el juez de tutela terminaría decidiendo por anticipado al ordenar la autorización de aquella técnica de reproducción asistida, pretermitiendo la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico interno (Sentencia T-398 de 2016, p. 22)

Sin embargo, esta justificación resulta cuestionable, ya que en numerosas sentencias de control concreto de constitucional la Corte Constitucional ha decretado órdenes extendidas frente a la prestación del servicio de salud, comprometiendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Cuarto fundamento: argumentos relevantes no reiterados dentro de la línea jurisprudencial

A diferencia de las líneas jurisprudenciales anteriores, en este escenario constitucional encontramos consideraciones jurídicas relevantes adoptadas en la Sentencia T-274 de 2015. Esta *obiter dicta* se caracteriza por abordar el asunto desde el análisis de los derechos sexuales y reproductivos y su relación con el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Esta nueva perspectiva fue un intento por abrir el camino para un cambio jurisprudencial frente a los tratamientos de fertilidad. Sin embargo, como ya se anotó, fue posteriormente reprochado por parte del máximo tribunal, dando prevalencia al principio de sostenibilidad financiera del sistema. Pese a ello se incorporó dentro de la *ratio decidendi* una nueva regla que debe ser valorada en los casos de tutela cuando se evidencia la vulneración de otros derechos fundamentales.

Para ello, la Corte Constitucional, retomando argumentos de la T-528 de 2014, resaltó el déficit de protección y los pocos avances en la legislación colombiana sobre el reconocimiento de los tratamientos de fertilidad, considerando como inaceptable que tras más de 20 años de la expedición de Ley 100 de 1993 y más de cinco años de haberse proferido la sentencia T-760 de 2008, el Estado continúe con la misma postura, la cual tiene efectos en la salud física y psicológica de las personas²⁰⁹.

²⁰⁹ “Como se expuso, aunque esta enfermedad no involucra gravemente la vida, la dignidad o a la integridad personal del paciente, sí podría llegar a interferir negativamente en otras dimensiones vitales desde el punto de vista del bienestar psicológico y social” (num. 5.1.3)

En la *obiter dicta* de la providencia se desarrollaron las siguientes temáticas: el contenido del derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Política de 1991, el bloque de constitucionalidad, la relación de los derechos sexuales y reproductivos con el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. Para ello se acogieron los fundamentos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) contra Costa Rica*”²¹⁰. En este fallo se determinó que la decisión de tener hijos a través de las técnicas de reproducción asistida hace parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y familiar:

(i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la vida familiar, al reconocer el papel central de la familia, lo que conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; (ii) el derecho a la vida familiar se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva; y (iii) los derechos a la vida privada y familiar y a la integridad personal se hallan directamente relacionados con la atención en salud, conclusión a la que llega ante las situaciones de angustia y ansiedad, así como los impactos graves por la falta de atención médica o accesibilidad a ciertos procedimientos de salud. Define el derecho a fundar una familia (num. 4.2.3)²¹¹

Por lo tanto, la Corte IDH determinó que desconocer este tipo de procedimientos puede dar lugar a situaciones de discriminación indirecta en tres aspectos: (i) La discriminación indirecta relacionada con discapacidad, toda vez que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductor y las personas que la padecen deben ser protegidas por los derechos de las personas

²¹⁰ En esta Sentencia, se estudió el caso de varias parejas cuya única posibilidad de procrear biológicamente estaba sujeta a la realización del procedimiento de fertilización *in vitro*, el cual fue prohibido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante sentencia del 15 de marzo de 2000, al anular el Decreto 24029-S de 1995, que autorizaba su práctica, por considerar la calidad de ser persona se adquiere desde la concepción, afirmando que la fertilización *in vitro* “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”. Para lo cual, se ordena al Estado de Costa Rica adoptar las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la fertilización *in vitro* y para que otras personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²¹¹ Se referencian los artículos 16 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen el papel central de la familia y el derecho a la vida privada. Igualmente, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer que establece el derecho a la autonomía reproductiva.

con discapacidad²¹²; (ii) la discriminación indirecta relacionada con el género, ya que tiene un impacto más negativo sobre las mujeres debido a los estereotipos y a su papel en la sociedad, los cuales son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos²¹³; (iii) la discriminación indirecta en relación con la situación económica, ya que su prohibición tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarla en el extranjero.

Se desarrolla el contenido del derecho fundamental a la salud en su faceta reproductiva y la importancia de la autodeterminación reproductiva que implica reconocer, respetar y garantizar “la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”. (num. 4.3.3)²¹⁴ ²¹⁵Aunado a lo anterior, la Sala explica dos dimensiones respecto de cualquier tratamiento o procedimiento: (i) el derecho a la libertad y el deber estatal de proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida

²¹² Se cita el marco internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: El artículo 25.1 de la Convención establece: “Los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”. El artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) en su artículo 18 señala que toda persona con disminución en sus capacidades físicas o mentales debe recibir una atención especial. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define discapacidad como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

²¹³ “Señaló que, aunque la infertilidad puede afectar tanto a hombres como a mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las segundas y si bien la prohibición de la fertilización *in vitro* no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas” (num. 4.2.3)

²¹⁴ “los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos cuya protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la equidad de género” (*ibidem*), cita las sentencias T-636 de 2007, T-732 de 2009, T-226 de 2010, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-248 de 2012, T-627 de 2012, entre otras.

²¹⁵ como un “estado completo de bienestar físico, mental y social, acorde con las posibilidades y condiciones dentro de las cuales la persona se relaciona con el Estado, su familia y los demás integrantes de la comunidad” (num. 5.2.2). Por lo tanto, existen prestaciones que al ser analizadas en un contexto médico y terapéutico resultan “lógicas, razonables, necesarias y conducentes para la adecuada atención de la persona afectada, y por esa razón, la Corte ha ampliado de manera progresiva la gama de ayudas que, dependiendo del caso, resultan adecuadas para garantizar ese derecho” (*ibidem*). Por ello, “la EPS está en la obligación de inaplicar la normatividad que excluye el servicio médico requerido y otorgarlo de forma oportuna, eficiente y con calidad.

privada y familiar y (ii) la faceta prestacional, en la cual, se debe garantizar los tratamientos de fertilidad para proteger otros derechos fundamentales que puedan verse afectados²¹⁶.

Como argumento relevante, se enuncia que no le corresponde a la Corte hacer una valoración de las prioridades financieras del SGSSS, si no, asegurar la garantía de los derechos fundamentales de pacientes que se encuentran en circunstancias especiales.²¹⁷

A partir de estas consideraciones se decide en el siguiente sentido: (i) La falta del medicamento o tratamiento de fertilización in vitro excluido del POS, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la accionante, lo que podría incidir negativamente en la continuidad de su proyecto de vida²¹⁸, (ii) los accionantes debe realizar cierto aporte económico para financiar en una mínima parte el tratamiento de fertilidad, toda vez que los mismos no cuenta con homólogo o sustituto dentro del POS²¹⁹, (iii) Cuando no es prescrito por el médico tratante se debe conformar una junta de especialistas.²²⁰

²¹⁶ “Además, al no poder acceder a los tratamientos de fertilidad tendrán como única posibilidad para conformar una familia la de la maternidad adoptiva, vulnerándose de esa forma el derecho a la vida privada y familiar, que incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, como de convertirse en padres genéticos” (Ibidem).

²¹⁷ Constata la Sala entonces que, aunque la conservación del equilibrio financiero constituye un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del Plan Obligatorio de Salud, ello no significa que no se pueda avanzar en su inclusión. Además, porque resulta constitucionalmente problemático que tal proceder, esto es, mantener tales tratamientos por fuera de la cobertura del POS, sea de carácter generalizado; es decir, a pesar de ser razonable tal exclusión del plan de beneficios, hacerlo en todos los casos puede conducir a la vulneración de ciertos derechos fundamentales (num. 5.1.3)

²¹⁸ “En definitiva, el estudio sobre la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, específicamente aquellos dirigidos a tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica” (num. 5.2.4)

²¹⁹ “En esa medida, debe existir la suma de esfuerzos tanto de los ciudadanos como del Estado, y los pacientes, desde el momento de tomar la decisión de procrear y conformar una familia debe asumir, así sea en parte, el esfuerzo mancomunado que ello implica” (num. 5.2.3)

²²⁰ En la Sentencia T-528 de 2014, la Corte exhortó al Gobierno, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, para que “revisara la situación de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para costear los tratamientos de fertilidad e iniciara una discusión pública y abierta que incluyera en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”.

5. Conclusiones

Este trabajo permitió realizar un acercamiento a la construcción de la *obiter dicta* en las Sentencias de Reiteración de Tutela de la jurisprudencia constitucional a partir de la revisión de cuatro escenarios constitucionales del derecho a la salud. Las líneas jurisprudenciales de cada escenario constitucional examinado contienen una *ratio decidendi* consolidada y sólida, que sirve como razón principal para fundamentar la decisión en cada caso, frente al acceso a los servicios, tratamientos y procedimientos para satisfacer la atención en el sistema de salud. De ello se determina que la Corte Constitucional utiliza el precedente constitucional- autoprecedente- como un argumento racional que aporta los fundamentos para la decisión de los casos sometidos bajo revisión, garantizando que casos semejantes reciban el mismo tratamiento jurídico o, *a contrario sensu*, determinando la ausencia de identidad fáctica, lo que impide aplicar el precedente al caso concreto.²²¹ Lo anterior, para resaltar la importante coherencia decisional del máximo tribunal frente a casos que presentan hechos similares y la consistencia de los argumentos al aplicar la *ratio decidendi* consolidada sobre la materia, como se vio en las líneas jurisprudenciales que definen el transporte como medio de acceso al servicio de salud, el suministro de atención domiciliaria a través del servicio de enfermería y de cuidador, la atención en salud a los extranjeros y el acceso a tratamientos de fertilidad: la *fertilizacion in vitro* a través del sistema general en salud.

²²¹ Basta mencionar que estos reiterados pronunciamientos por parte de la jurisprudencia constitucional sobre el mismo problema jurídico, solo da cuenta del desconocimiento permanente del precedente constitucional por parte de los jueces de instancia y de las autoridades encargadas de la prestación del servicio de salud. Situación que ha sido expuesta en numerosos trabajos e incluso, por la misma Corporación, como un *estado de cosas inconstitucional* del sector salud.

El precedente constitucional se presenta como un argumento racional y de autoridad, que hace parte fundamental de la estructura de la argumentación que emplea la Corte Constitucional, y que forma parte del discurso jurídico práctico para decidir sobre la aplicación e interpretación del derecho en los problemas jurídicos concretos. El razonamiento jurídico y argumentativo se edifica a partir del reconocimiento de los precedentes judiciales como argumentos prácticos y de autoridad, los cuales son utilizados racionalmente, puesto que, como se indicó en capítulos anteriores, garantizan la corrección del discurso, al materializar el principio de justicia formal y la carga de la argumentación.

Ahora bien, la descripción del contenido de la *obiter dicta* en los distintos escenarios constitucionales del derecho a la salud, permiten extraer algunas conclusiones importantes. Recordemos que la *obiter dicta* ha sido definida como aquellas consideraciones generales que son innecesarias e irrelevantes para la decisión, o “aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión” (López, 2006, p.248).

Las Salas de Revisión de Tutela desarrollaron una serie de fundamentos jurídicos dentro de la *obiter dicta* que se caracterizan por su uniformidad y reiteración jurisprudencial. Mientras que algunas presentan extensas consideraciones con sobrecarga argumentativa, otras son más concisas en la exposición de dichos fundamentos. Pese a esta diferencia formal, encontramos que cada línea jurisprudencial contiene una *obiter* con idénticos fundamentos jurídicos, relacionados con el marco normativo, descripciones conceptuales de los principios, normas internacionales, entre otros. Además, no se presentan tratamientos diferenciados relevantes en la *obiter* que permitan vislumbrar un cambio de precedente, excepto por el caso de la Sentencia T-274 de 2015.

En términos generales, la Corte Constitucional referencia los siguientes fundamentos jurídicos: i) el contenido del derecho a la salud, su naturaleza, principios orientadores y componentes; ii) la reglamentación aplicable a la luz de la Ley Estatutaria del Derecho a la Salud, los Planes de Beneficios en Salud, sus exclusiones y demás normas reglamentarias; y iii) los precedentes constitucionales aplicables al caso, así como un abundante contenido de conceptos jurisprudenciales.

De la lectura sistemática de estas ‘consideraciones’, en la mayoría de las sentencias se presenta un capítulo sobre el derecho fundamental a la salud. En este se desarrollan los siguientes ítems: i) el concepto del derecho a la salud, ii) la definición de los principios de universalidad, solidaridad,

accesibilidad, integralidad o continuidad, iii) el desarrollo del derecho a la salud para ser reconocido como derecho fundamental, iv) el ámbito normativo local del derecho a la salud partiendo de la Constitución Política, v) el derecho a la salud en distintos instrumentos del ámbito internacional, algunos vinculantes otros que constituyen *soft law*.

Si nos detenemos en este capítulo, llegamos a la conclusión de que se repiten en todas las providencias los mismos enunciados normativos: los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Observación General No. 14 del 2000, el artículo 2 de Ley Estatutaria 1751 de 2015, así como el importante concepto del derecho a la salud definido en la Sentencia T-760 de 2008. Para ejemplificar, es común que se inicie con argumentos como el siguiente:

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso y prestación debe garantizarse a todas las personas siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad (T-208 de 2017, num. 5)

Igualmente, en la mayoría de las sentencias se enuncia la doble connotación del derecho a la salud, al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público, así:

De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado. (Consideración 3.1, T-065 de 2018)

La Corte desarrolla enfáticamente los principios como argumentos de gran importancia para decidir sobre el amparo constitucional y brindar la mayor garantía del ejercicio del derecho fundamental a la salud. Para ello, se remiten al contenido de los principios de accesibilidad, solidaridad, integralidad, continuidad, igualdad, entre otros. Como se pudo leer, en la línea del transporte como un medio de acceso a los servicios de salud, la Corte fundamentó la *subregla* de decisión a partir del principio de accesibilidad e integralidad, toda vez que, cuando se suministra el servicio de transporte para acceder a los servicios de salud, se está desarrollando la accesibilidad física y la atención integral en salud.²²² En los casos de atención domiciliaria en salud se desarrolló

²²² En esta línea, todas las sentencias abordaron el principio de accesibilidad, específicamente la *accesibilidad física*, consistente en suministrar el acceso a los medios que faciliten acercarse a los servicios y tecnologías de salud.

de manera especial el principio de solidaridad, en la medida en que la familia tiene un deber bastante importante de brindar cuidado físico y emocional a sus miembros cuando alguno se padezca de una enfermedad que requiere asistencia. Además, en caso tal de que la familia se encuentre imposibilitada, el Estado tiene un deber de asistencia con el cuidado de los enfermos, que materializa el este mandato. Igualmente, en la línea de la atención en salud a los extranjeros surge con mayor ahínco la importancia del principio de solidaridad para que se adopten medidas de política pública que propendan por la atención preventiva e integral en salud de toda la población migrante irregular. Por el contrario, para restringir el acceso a los tratamientos de fertilidad los fundamentos de la decisión se caracterizan por contener reducidos argumentos del orden de los principios.

Sin embargo, algunas providencias se extienden en enunciados catedráticos y doctrinarios que distraen al lector del caso concreto, generando una sobreabundante argumentación jurídica. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-210 de 2018, se destinan más de 10 párrafos para abordar el tema de la activación del principio de solidaridad constitucional. Igualmente, en la Sentencia T-409 de 2019 se abre un capítulo para cada uno de los principios de accesibilidad, solidaridad y la accesibilidad económica. Se puede afirmar que, si bien estas referencias conceptuales sirven para ampliar el contexto de la decisión o tienen el carácter de ser informativas, al no ser estrictamente necesarias para la decisión, su citación debería ser precisa y concisa.

Aunado con lo anterior, encontramos que se expone el marco normativo en materia legislativa y reglamentaria, así como las interpretaciones que ha realizado la Corte Constitucional sobre estas distintas disposiciones, presentando numerosos conceptos jurisprudenciales sobre el derecho a la salud. Además, se dan prevalencia a la citación de precedentes como argumento de autoridad para sustentar la decisión. Entre ellos, la *obiter dicta* de las sentencias sobre los tratamientos de fertilidad contiene una citación extensa de casos precedentes, llegando a recopilar toda la línea jurisprudencial en la materia desde el año 2000 (Ver Sentencias T-316 de 2018 y T-337 de 2019).

Llama la atención que, en algunas oportunidades, la Corte Constitucional presenta fundamentos jurídicos del orden de los *dicta* no relacionados directamente con el fundamento de la decisión. Así, con respecto a la atención en salud a los migrantes se realiza una contextualización de las dificultades que estos presentan en territorio colombiano, quienes sobreviven en un contexto de

pobreza y desigualdad; además se expone la necesaria universalización del sistema de salud, la atención integral y la protección derecho fundamental a la salud. Pese a ello, se defiende la validez de la subregla vigente, la cual exige a los migrantes cumplir con los requisitos establecidos para afiliarse al SGSSS, necesario para recibir atención integral en salud.

Igualmente, la Corte recurre a la citación de fuentes internacionales que constituyen *soft law*, como argumentos persuasivos para reforzar las razones que justifican la decisión. Sin embargo, resulta paradójico que, en algunos casos se haga uso de estos argumentos para brindar una mayor garantía del derecho a la salud (como en la atención a la población migrante), pero en otros, se omita este tipo de razones jurídicas (tratamientos de fertilidad).

Consideramos que la *obiter dicta* de este tipo de sentencias contiene largos resúmenes de argumentos históricos frente al marco normativo o al desarrollo jurisprudencial del problema constitucional planteado. Surge la pregunta de si es necesario narrar, en una decisión judicial concreta, la interpretación jurisprudencial del derecho a la salud en su tránsito para ser reconocido como derecho fundamental autónomo e irrenunciable; o desarrollar la reglamentación del servicio de transporte en materia legislativa desde el año 1994, para terminar aplicando una norma actual; o incluir un contexto socioeconómico sobre las políticas públicas del gobierno nacional frente a los migrantes venezolanos que no determina la *ratio decidendi*.

En este sentido, la naturaleza misma de este tipo de providencias, de reiterar el precedente constitucional, exige plantear una *obiter dicta* que de forma clara y concisa exponga los argumentos jurídicos relevantes que den cuenta de la corrección de la decisión. Esto por dos razones principales: la primera es la existencia de un precedente consolidado y sólido en la materia, que presenta unas reglas específicas para la decisión del problema jurídico, la segunda es que las sentencias de reiteración (como su nombre lo indica) no cumplen la función de consolidar el precedente en la materia, de ampliarlo o mutarlo, por lo tanto, no deben desarrollar toda una discusión jurisprudencial sobre el alcance de los derechos (como lo haría una Sentencia SU), sino que plantean una reiteración jurisprudencial.

Esto no significa negar la necesaria y obligatoria motivación de las decisiones judiciales, sino reconocer la importancia que adquiere desde el razonamiento jurídico práctico, la incorporación de las razones necesarias y relevantes para justificar una decisión. Para este caso, el razonamiento jurídico como razonamiento práctico reivindica la consistencia en la estructura de la

argumentación y la validez de las premisas normativas a partir del uso de la regla de derecho válida y reconocida para resolver el conflicto jurídico en cuestión, denominada precedente. Como bien se indicó en capítulos anteriores “una argumentación *indebidamente* extensa, es una mala argumentación que contribuye, además a dificultar que el derecho pueda verse como una empresa racional” (Atienza, p.99).

Para dar cuenta de esta situación, en todas las líneas jurisprudenciales encontramos una sentencia ejemplar en relación con la claridad y concisión la exposición de los fundamentos jurídicos que conforman la *obiter dicta*. Estas se caracterizan por relacionar las subreglas vigentes en la materia, omitir argumentos irrelevantes o innecesarios para fundamentar la decisión y, en ser fallos claros para el lector. Por el contrario, encontramos providencias que presentan un desarrollo más extenso, empero, ello no significa que se trate de argumentos nuevos o distintos para justificar una nueva regla de decisión.

En la línea jurisprudencial del transporte como acceso a los servicios de salud, la Sentencia T-495 de 2017 contiene una *obiter dicta* de 6 párrafos, la cual fue definida en un solo capítulo sobre las “Reglas jurisprudenciales previstas para acceder a los servicios no incluidos en el plan de beneficios en salud como el transporte, alimentación y acompañamiento, cuando son medios esenciales para el acceso efectivo al servicio de salud”. Por el contrario, encontramos que la T-409 de 2019 contiene una *obiter dicta* de 59 párrafos, la cual fue desarrollada a partir de dos grandes capítulos cada uno con sus respectivos subcapítulos²²³.

Frente a los servicios de atención domiciliaria, la Sentencia T-015 de 2021 contiene una *obiter dicta* de 13 párrafos, en donde se aborda: i) El derecho a la continuidad del servicio de salud y ii) la atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador. Por el contrario, encontramos que la Sentencia T- 423 de 2019, para resolver el mismo problema jurídico desarrolla una *obiter* en 65 párrafos, en los cuales define los siguientes tres capítulos: i) Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia, ii) El cubrimiento de servicios y

²²³ **i)** El derecho fundamental a la salud. Elementos y principios asociados a él. El principio de solidaridad y la accesibilidad económica. Este contenía los siguientes subcapítulos: a) La accesibilidad, b) El principio de solidaridad en el régimen de seguridad social en salud, c) accesibilidad económica. El transporte urbano como mecanismo de acceso a los servicios de salud, d) El transporte urbano para acceder a servicios salud: línea jurisprudencial; **ii)** Reglas sobre la prueba de la incapacidad económica del paciente y su familia, a) el principio de integralidad del servicio de salud y las ordenes de tratamiento integral. Incluso, como se puede ver a simple vista, la accesibilidad cuenta con dos subcapítulos, lo cual convierte el texto en una redundancia.

tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, iii) El suministro del servicio domiciliario de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud y sus diferencias con la figura del cuidador.

Con respecto a la atención en salud a la población migrante encontramos como Sentencia modelo la T-197 de 2019, la cual contiene un *obiter* de 4 párrafos. En ella se precisa de manera clara y concisa la *ratio dedicensi* frente al derecho de todos los extranjeros migrantes a recibir atención básica y de urgencias en el territorio nacional, las reglas de afiliación al SGSSS y se precisa el alcance del concepto de la atención de urgencia. Por el contrario, la Sentencia T-210 de 2018 contiene una *obiter dicta* de 140 párrafos, la cual está distribuida en 10 capítulos.²²⁴

En relación con el acceso a los tratamientos de fertilidad, la Sentencia T-009 de 2014, contiene *obiter dicta* de 12 párrafos, establecidas en dos apartados: i) La acción de tutela frente a tratamientos para superar la infertilidad. Reiteración de jurisprudencia y ii) Reglas para inaplicar las normas del POS. Reiteración de jurisprudencia. Por el contrario, la Sentencia T-274 de 2015 cuenta con una *obiter dicta* de 159 párrafos, la cual se distribuye en los siguientes acápite: i) La acción de tutela y los tratamientos de fertilidad., ii) Derecho a la salud sexual y reproductiva en la Constitución Política de 1991 y en el bloque de constitucionalidad, iii) Protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva y otros derechos fundamentales relacionados, en los tratamientos de fertilidad solicitados a través de la acción de tutela.²²⁵

De otro lado, se evidencia cómo las Salas de Revisión reproducen de manera idéntica párrafos de providencias anteriores. Así, en la línea de los tratamientos de fertilidad se identificó que la Sentencia T-337 de 2019, copia el mismo contenido de la T-316 de 2018 en cuanto a los

²²⁴ i) El derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional y la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema de salud, ii) El derecho a recibir atención de urgencias, iii) El cubrimiento universal en el SGSSS, iv) Trámite de afiliación al SGSSS, v) Los derechos de los extranjeros en materia de salud y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico, vi) El derecho a la salud de los migrantes conforme el derecho internacional y las obligaciones mínimas del Estado colombiano, vii) Atención médica de urgencia, viii) El derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia y las principales barreras legales para su protección efectiva, ix) El derecho a la atención de urgencias de los migrantes en situación irregular, x) La imperiosa necesidad de adoptar medidas que dinamicen el principio de solidaridad en un contexto de crisis migratoria y la razonabilidad de la ‘atención de urgencias’ a migrantes irregulares.

²²⁵ Cabe recordar que en esta providencia se realizó un cambio de interpretación frente a los derechos sexuales y reproductivos, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

argumentos de los precedentes constitucionales en más de 30 párrafos, presentando una distinción al agregar los casos más recientes (T- 316 de 2018 y T-377 de 2019).

En este sentido, se plantea que las Sentencias de Tutela de Reiteración siguen consignando un desarrollo de la *obiter dicta* con sobrecarga de consideraciones, lo que da lugar en ciertos casos a una escritura redundante, que más que ser pedagógica, distrae y confunde al lector del estudio del caso concreto. De ahí la importancia de que las decisiones judiciales contengan una argumentación jurídica concisa y clara, máxime en los casos de control concreto de constitucionalidad, en donde se aplica la regla universal que permite realizar una serie de inferencias lógicas que dotan de consistencia consecutiva el razonamiento jurídico, en la medida en que dos casos semejantes y consecutivos en el tiempo deberán recibir el mismo tratamiento.

Como el popular aforismo pronunciado por Baltazar Gracián (1647) “lo bueno, si breve, dos veces bueno; y aun lo malo, si poco, no tan malo”.

Incluso, encontramos importante el siguiente párrafo de la sentencia T-178 de 2019, donde la misma Sala de Revisión reconoce la necesidad de ser concisa en la exposición de las consideraciones, toda vez que se trata de una reiteración jurisprudencial:

Para no incurrir en la transcripción extensa de consideraciones acordadas por la Sala Plena y las Salas de Revisión de la Corte Constitucional de manera constante, se formularán las reglas fijadas de manera concisa y pertinente para resolver el asunto concreto. (num. 4)

Igualmente, en la Sentencia T-197 de 2019, se expone lo siguiente:

Dado que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala reiterará la jurisprudencia ya existente sobre la materia. Por lo tanto, tal y como lo ha hecho en otras ocasiones esta Corporación, la presente Sentencia será sustanciada de manera breve. (Pie de página 2)

Por lo anterior, resaltamos que una buena sentencia se debe caracterizar, en relación con el estilo, por su claridad, precisión y concisión, elementos fundamentales de la retórica y la argumentación jurídica. De la mano de Manuel Atienza “a ningún juez o a ningún proyectista le gustaría oír que su decisión, o su proyecto de decisión, es acertada, pero que su fundamentación resulta oscura, desordenada, difícil de comprender, poco persuasiva, etc.” (p.152). En esta medida, las Sentencias de Reiteración de Tutela, justamente por su naturaleza y alcance, deberían caracterizarse por una

motivación precisa y clara, que resulte fácil de leer y permita identificar los elementos esenciales de la sentencia y aquellos argumentos que fundamentan la decisión.

Finalmente, reflexionamos que es necesario para el análisis de jurisprudencia abordar nuevas preguntas académicas sobre las técnicas empleadas por la Corte Constitucional para elaborar la motivación de las sentencias en lo que corresponde a la *obiter dicta*, y si dicha estilística responde de manera adecuada a la estructura de una correcta argumentación jurídica en un sistema de precedentes.

6. Referencias

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.
- Barrero, J.A. (2018). *Jurisprudencia Constitucional. Precedentes de la Humanidad*. Legis
- Barreto, A.A. y Pulido, F.E. (3 de junio de 2016). La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia. *Revista Jurídicas*. 13 (1), 64-81. Doi: 10.17151/jurid.2016.13.1.5.
- Bernal, C. (2015). El precedente y la ponderación. En Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del "precedente" judicial*. (págs. 104-124). Universidad Externado de Colombia,
- Bernal, C. (diciembre de 2008). El precedente en Colombia. *Revista de derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia, 81-94

- Bustamante, T. R. (2014). La interpretación y la fuerza gravitacional de los precedentes judiciales: Fragmentos de una teoría del precedente judicial. En Benavides, J.L. *Contribuciones para El sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. (111-140). Universidad del Externado.
- Chinchilla, T. (2020). *Crítica a la mitología del discurso constitucional*. Universidad de Antioquia
- Cross, R. y Harris, J.W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Marcial Pons.
- Deik, C. (2008). *El Precedente Contencioso Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Domenech, E.E. (2014). Dicho sea de paso. Obiter dicta. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P. 127-147.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43586/Documento_completo.pdf?sequence=1
- Gascón, M. (1993). *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Tecnos
- Gascón, M. (2011). Racionalidad y (auto) precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico N° 10*. pp. 132-148.
- Gracián, B. (1647). *Oráculo manual y arte de la prudencia*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
www.cervantesvirtual.com
- Gimeno, M.C. (2000). La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini. *Anuario de filosofía del derecho No.17*. págs. 305-336
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Guastini, R. (2009). La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 49-74. Trotta.
- Lopez, M. D. (2017). *Los eslabones del derecho*. Legis, Universidad de los Andes
- Lopez, M. D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis, Universidad de los Andes
- MacCormick, D. (1976). Formal Justice And The Form Of Legal Arguments. *Logique Et Analyse*, 19(73), nouvelle sÉrie, 103-118. Retrieved July 9, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/44084511>
- Moreno, P. (2014). Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial. (re)visitando los lugares comunes. En Benavides, J.L. *Contribuciones para El sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. (59-110). Universidad del Externado.
- Pulido, O. F. (2018). *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*. Universidad de La Sabana.
- Quinche, M. (2020). *El precedente judicial y sus reglas*. Universidad del Rosario. Legis
- Sierra, D. (2016). El precedente: un concepto. En *Derecho del Estado* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, pp. 249-269. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.09>.
- Shauer, F. (2013). *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2015). Precedente y jurisprudencia. En Cruz, T. *Nuevas tendencias del derecho probatorio: Segunda edición ampliada* (pp. 119-136). Universidad de los Andes.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (25 de marzo de 1993). Sentencia 113. MP: Jorge Arango Mejía.

Referencia: expediente no. D-096

Corte Constitucional. (1 de abril de 1993). Sentencia C-131. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Referencia: Demanda N° D-182

Corte Constitucional. (11 de marzo de 1993). Sentencia C-104. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

Referencia: N° D-164

Corte Constitucional. (1 de marzo de 1995). Sentencia C-083. MP: Carlos Gaviria Diaz. Referencia:

expediente No. D-665

Corte Constitucional. (21 de marzo de 1995). Sentencia T-123. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Referencia: Expediente T-48378

Corte Constitucional. (20 de junio de 1995). Sentencia T-260 M.P. José Gregorio Hernández.

Referencia: Expedientes T-53448, T-54740, T-54811, T-55817, T-59135, T-61483

Corte Constitucional. (5 de febrero de 1996). Sentencia C-037. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia:

P.E- 008

Corte Constitucional. (29 de enero de 1999). Sentencia SU-047. MP: Carlos Gaviria Díaz, Alejandro

Martínez Caballero. Referencia: expediente T-180.650

Corte Constitucional. (14 de abril de 2000). Sentencia T-439. Alejandro Martínez Caballero.

Referencia: expediente T- 273295

Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-836. MP: Rodrigo Escobar Gil.

Referencia: expediente D-3374

Corte Constitución. (25 de octubre de 2001). Sentencia T-1122. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

Referencia: expediente T-465235

Corte Constitución. (7 de diciembre de 2001). Sentencia T-1317. Rodrigo Uprimny Yepes.

Referencia: expediente T-487462

Corte Constitucional. (13 de febrero de 2003). Sentencia SU 120. MP: Alvaro Tafur Galvis.

Referencia: expedientes T-406257, T-453539 y T-503695.

Corte Constitucional. (6 de abril de 2006). Sentencia T-292. Manuel José Cepeda Espinosa.

Referencia: expediente T-1222275

Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C 335. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Referencia: expedientes D-6943 y D-6946

Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-355. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Referencia: expedientes D-6943 y D-6946

Corte Constitucional. (7 de abril de 2010). Sentencia C-241. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

Referencia: expediente D-7868

Corte Constitucional. (01 de febrero de 2009). Sentencia T-049. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Referencia: expediente T-1426364

Corte Constitucional. (6 de julio de 2011). Sentencia C-539. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Referencia: expediente D-8351

Corte Constitucional. (24 de agosto de 2011). Sentencia C-634. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Referencia: expediente D-8413.

Corte Constitucional. (1 de noviembre de 2011). Sentencia C-816. MP: Mauricio González Cuervo.
Referencia: expediente D-8473.

Corte Constitucional. (5 de septiembre de 2011). Sentencia T-656. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente T-3.066.068

Corte Constitucional. (20 de octubre de 2011). Sentencia T-794. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.
Referencia: expediente T-3106563

Corte Constitucional. (1 de noviembre de 2001). Sentencia T-1158. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente T-506176.

Corte Constitucional. (17 de julio de 2013). Sentencia C-461. MP: Nilson Pinilla Pinilla. Referencia: expediente D-9446.

Corte Constitucional. (22 de octubre de 2012). Sentencia T-830. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Referencia: expediente T-3.469.455

Corte Constitucional. (25 de julio de 2012). Sentencia C-588. MP: Mauricio González Cuervo.
Referencia: expediente D-8864.

Corte Constitucional. (17 de enero de 2014). Sentencia T-009. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.
Referencia: expediente T-4.030.437

Corte Constitucional. (02 de julio de 2014). Sentencia C-418. M.P: María Victoria Calle Correa.
Referencia: expedientes D-10022

Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2015). Sentencia C-621. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente D-10609

Corte Constitucional. (22 de mayo de 2015). Sentencia T 309. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Referencia: Expediente T-4.682.444

Corte Constitucional. (29 de abril de 2015). Sentencia SU-230. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Referencia: Expediente T- 3.558.256

Corte Constitucional. (12 de mayo de 2015). Sentencia T-274. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

Referencia: expedientes T-4.492.963; T-4.715.291; T-4.725.592; y T-4.734.867

Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2016). Sentencia T-607. M.P: María Victoria Calle

Correa. Referencia: Expediente T-5648695

Corte Constitucional. (1 de agosto de 2016). Sentencia T-398. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Referencia: expedientes T-5.211.785, T-5.235.636

Corte Constitucional. (4 de abril de 2017). Sentencia T-208. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Referencia: T-5.860.547, T-5.870.020, T-5.875.317.

Corte Constitucional. (3 de agosto de 2017). Sentencia T-495. M.P: Alejandro Linares Cantillo.

Referencia Expedientes T-6.074.568 y T-6.080.346

Corte Constitucional. (30 de noviembre de 2017). Sentencia T-705. M.P: José Fernando Reyes

Cuartas. Referencia: Expediente T-6.316.343

Corte Constitucional. (12 de febrero de 2018). Sentencia T-032. M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

Referencia: expediente T-6.411.468

Corte Constitucional. (4 de julio de 2018). Sentencia T-253. M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

Referencia: Expediente T-6.590.037

Corte Constitucional. (1 de junio de 2018). Sentencia T-210. M.P: Alberto Rojas Ríos. Referencia: expediente T-6.423.733.

Corte Constitucional. (26 de febrero de 2018). Sentencia T-065. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: Expedientes T-6578193, T-6578985

Corte Constitucional. (2 de agosto de 2018). Sentencia T-316. M.P: Cristina Pardo Schlesinger. Referencia: Expediente T-6.494.257

Corte Constitucional. (17 de septiembre de 2018). Sentencia T-377. M.P: Alberto Rojas Ríos. Referencia: Expediente T-6.067.214

Corte Constitucional. (27 de noviembre de 2018). Sentencia T-458. M.P: José Fernando Reyes Cuartas. Referencia: Expediente T-6.875.698

Corte Constitucional. (31 de enero de 2019). Sentencia SU-037. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Referencia: expediente: T-6171737

Corte Constitucional. (26 de febrero de 2019). Sentencia T-081. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Referencia: Expediente T-7.006.393

Corte Constitucional. (6 de mayo de 2019). Sentencia T-178. M.P: Cristina Pardo Schlesinger. Referencia: expediente T- 7.087.478

Corte Constitucional. (14 de mayo de 2019). Sentencia T-178. M.P: Diana Fajardo Rivera. Referencia: Expediente T-7.071.275

Corte Constitucional. (16 de julio de 2019). Sentencia T-337. M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo. Referencia: Expediente T-7.146.128

Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2019). Sentencia T-409. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Referencia: Expediente T-7.318.036

Corte Constitucional. (3 de octubre de 2019). Sentencia T-459. M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

Referencia: Expediente T-7.210.348; T-7.210.515 expediente T-7.210.462; T-7.229.766.

Corte Constitucional. (12 de septiembre de 2019). Sentencia T-178. M.P: Cristina Pardo

Schlesinger. Referencia: expediente T- 7.087.478

Corte Constitucional. (20 de enero de 2021). Sentencia T-015. M.P: Diana Fajardo Rivera.

Referencia: Expediente T-7.890.464

Corte Constitucional. (3 de febrero de 2021). Sentencia T-021. M.P: Cristina Pardo Schlesinger.

Referencia: Expediente T-7.875.215

Colombia. Presidencia de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Presidencia de la República.

Colombia. Congreso de la República. (1996). *Ley 270 de 1996(marzo 7): Estatutaria de la Administración de Justicia*. Diario Oficial.

Colombia. Congreso de la República. (2011). *Ley 1437 de 2011 (enero 18): por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial.

Colombia. Congreso de la República. (2011). *Ley 1395 de 2011 (julio 12): por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Diario Oficial.

Colombia. Congreso de la República. (2012). *Ley 1564 de 2012 (julio 12): Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.

Colombia. Congreso de la República. (2015). *Ley 1757 de 2015 (julio 6): por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática*. Diario Oficial.