

Análisis de las líneas jurisprudenciales que involucran la protección del derecho a la salud en las decisiones de los funcionarios judiciales:  
La excepción de inconstitucionalidad\*

Analysis of Case Law Involving Lines Protecting the Right to Health in the Decisions of the Judiciary Power:  
The Unconstitutionality Exception

Análise da jurisprudência envolvendo linhas de proteger o direito à saúde nas decisões do poder judiciário: a exceção inconstitucionalidade

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2012

Fecha de evaluación: 22 de junio de 2012

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2012

JACKELINE GRANADOS FERREIRA\*\*

---

\* Artículo de reflexión derivado del grupo de investigación "Hermenéutica Jurídica" de la Universidad de Santander.

\*\* Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Abogada, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Correo electrónico: jgranados@gmail.com

---

## RESUMEN

En el presente texto se efectúa un análisis del contenido argumentativo de los fallos constitucionales que involucran la inaplicación de normas del sistema de salud, en aras de privilegiar la protección del derecho fundamental a la salud. El resultado en la labor de rastreo de las sentencias se caracterizó por la ausencia de un constructo hermenéutico por parte del juez en el momento de adoptar sus decisiones, si se tiene en cuenta que la misma ley le permite al funcionario realizar una interpretación y construcción jurídica de sus sentencias a través del control constitucional difuso.

**Palabras clave:** hermenéutica jurídica, excepción de inconstitucionalidad, control difuso, derecho a la salud.

## ABSTRACT

In this article there is an analysis of the argumentative content of constitutional rulings involving the non-application of the health system rules, in order to prioritize the protection of the fundamental right to health. The result in the work of tracing the statements was characterized by the absence of a hermeneutic construct by the judge at the time of its decision, taking into account that the same law allows the officer to perform a legal interpretation and construction in its judgments through diffuse constitutional control.

**Keywords:** legal interpretation, unconstitutionality exception, vague control, the right to health.

## RESUMO:

Neste artigo há uma análise do conteúdo argumentativo das decisões constitucionais envolvendo a não-aplicação de regras do sistema de saúde, a fim de priorizar a proteção do direito fundamental à saúde. O resultado do trabalho de traçar as declarações são caracterizadas pela ausência de uma construção hermenéutica pelo juiz no momento da sua decisão, tendo em conta que a mesma lei permite que o oficial para realizar uma interpretação jurídica e da construção, nos seus acórdãos por meio difusa controle constitucional.

**Palavras-chave:** legal interpretação, exceção inconstitucionalidade, controle de vagas, o direito à saúde.

## INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo corresponde a la inaplicación de las normas del Sistema General de Seguridad Social por parte de los jueces en la protección del derecho a la salud, fundamentados en la excepción de inconstitucionalidad. Esto, en cuanto a la visibilidad contextual del problema, el cual radica en el uso de la herramienta hermenéutica utilizada por los jueces en la toma de decisiones constitucionales, cuando se ven enfrentados a la inaplicación de normas de inferior jerarquía

en el Sistema General de Seguridad Social en Salud establecidas en el Plan Obligatorio de salud (POS), para garantizar la protección del derecho fundamental a la vida. En la argumentación de sus sentencias constitucionales, los jueces no utilizan ningún instrumento hermenéutico que les permita definir el sistema de precedentes constitucionales acerca del tema de decisión consultada.

Una de las causas de esta situación surge en la práctica judicial en el momento en que el juez de tutela toma la decisión, dejando de lado los

criterios plasmados en las líneas jurisprudenciales a través de reglas y subreglas de inaplicación. La investigación de este problema se realizó con el objeto de determinar los criterios de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que son utilizados por los jueces al establecer decisiones de inaplicación de normas de inferior jerarquía, con lo cual privilegian normas constitucionales.

Así, se pudo evidenciar que los jueces inaplican las normas de inferior jerarquía, sin tener en cuenta ningún criterio hermenéutico válido y recurriendo exclusivamente a la cita de jurisprudencia consultada y referida al mismo tema.

## EL CONTROL CONSTITUCIONAL

En el marco jurídico aparece un concepto básico referido al sistema de control que adoptan los diversos Estados para determinar que las leyes que lo integran no entren en contradicción con los postulados fundamentales que encarnan sus normas superiores. Bajo esta premisa se han desarrollado varios sistemas de control constitucional, los cuales permiten a los ciudadanos y al propio Estado entrar a generar, por vía de acción, de excepción o bajo un criterio de control automático, instrumentos que garantizan la armonía de los elementos sustanciales que transversalizan el sistema jurídico.

### Modalidades de control constitucional

Las modalidades de control constitucional surgen en Colombia con la idea de crear una nueva Constitución. Como manifestación relevante de la soberanía del pueblo es importante recordar que el sistema implementado es el producto de circunstancias que surgieron y que incluso se desarrollaron simultáneamente, entre las que es pertinente mencionar la influencia francesa, el modelo norteamericano e incluso el modelo granadino.

Cuando hablamos de los sistemas de jurisdicción constitucional necesariamente nos referimos al

modelo difuso y al concentrado, cuya caracterización proviene de Carl Schmitt: por “difuso” entendemos el control norteamericano y por “concentrado”, el control europeo.

### El modelo americano

La fuente generadora de este modelo se atribuye al caso *Marbury vs. Madison*, fallado en 1803 por John Marshall, presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien separó la competencia del órgano judicial para constatar la constitucionalidad de la legislación, transformando a los jueces en un real suprapoder. Determinar el valor dominante de la norma constitucional frente a las leyes comunes establece el paso más relevante de los norteamericanos, en tanto resuelve esencialmente los problemas generados por la colisión de ramas del poder, para este caso, entre el Estado-nación y los Estados federados.

La cuestión de si una ley incompatible con la Constitución puede llegar a convertirse en ley de la nación es una cuestión de gran interés para los Estados Unidos; pero felizmente no es de dificultad proporcional a su interés. Solo resulta necesario establecer ciertos principios que se suponen han sido bien y largamente fijados para decidirla [...] O la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella o [...] la legislatura puede alterar la Constitución por una ley ordinaria [...] Esta teoría guarda una relación especial con la Constitución escrita; por consiguiente, debe ser considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad (Marshall, citado en Blanco, 2001, p. 41).

De esta manera surge en los Estados Unidos la teoría de la revisión judicial de la legislación ejercitada por la Corte Suprema en los actos del poder legislativo, extendiéndose al ejecutivo en cuanto sus actos no políticos y luego a los conflictos entre esos dos poderes. Posteriormente se asumieron conflictos relativos a la propia estructura de la federación, para proseguir en el campo de la pro-

tección de los derechos civiles y fundamentales de los ciudadanos estadounidenses.

El control constitucional surge con un elevado nivel de importancia dentro del constitucionalismo, a través del mencionado caso *Marbury vs. Madison*:

El caso *Marbury contra Madison* se desarrolló y resolvió en circunstancias en que finalizaba el mandato del presidente John Adams (federalista), cuyo partido había perdido las elecciones frente a Thomas Jefferson (republicano). Así, cinco días antes de que Thomas Jefferson asumiera la presidencia de la nación (1801), el Congreso, que concluía su mandato el 4 de marzo de 1801, promulgó una ley orgánica para el Distrito de Columbia, la cual, entre otras cosas, autorizaba la designación “de tiempo en tiempo del número de personas discretas para jueces de paz, según lo crea conveniente el presidente de Estados Unidos, por el plazo de cinco años”. En las circunstancias anotadas, el presidente Adams se apresuró a nombrar 42 jueces de paz, designaciones que fueron confirmadas por el Senado; sin embargo, en la prisa de los últimos actos no se entregaron las credenciales a otros cuatro jueces designados, entre los que se encontraba William Marbury. Una vez posesionado el presidente Thomas Jefferson, acudieron ante el secretario de Estado James Madison, exigiéndole la notificación con sus nombramientos, pero él se negó a hacerlo. Ante la negativa, William Marbury recurrió en súplica ante la Corte Suprema, pidiéndole que expediera el oportuno mandamiento por el que se ordenara a Madison la entrega del nombramiento. La Corte Suprema, al entender que la Ley de 1789, que facultaba a la Corte a dictar esas órdenes al Ejecutivo, estaba en contradicción con lo establecido por la sección segunda del artículo 3,0 de la Constitución, estableció la doctrina según la cual “una ley contraria a la Constitución no constituye derecho” (Marshall, citado en Blanco, 2001, p. 4).

## Modelo europeo kelseniano

Debemos considerar en este modelo el surgimiento de dos etapas históricas distintas: la primera corresponde a la década del veinte, que operaba bajo la influencia de Kelsen, y la segunda corresponde a la Segunda Guerra Mundial y comprende las constituciones que articularon el control en Italia, Alemania y España, al igual que sus ordenamientos jurídicos, que por lo general se invocan como cercanos a nuestra Corte Constitucional de 1991. No debemos apartarnos de la etapa relativa a Europa oriental después de la caída del Muro de Berlín en 1989 y de la disolución de la Unión Soviética, puesto que en estos países se han dado fenómenos de democracia y de constitucionalismo que los aproximan efectivamente a Europa occidental (Bernal, 2002).

Francia ocupa una lugar importante como nación opuesta al control constitucional y que hoy en día comparte el interés sobre el control que reina en Alemania, Italia y España; esta última tan cercana a instituciones colombianas de derecho público. La doctrina francesa se ha encargado, naturalmente, de revelar la naturaleza y hondura del cambio (Bernal, 2002).

## Características básicas de los sistemas

### *Del sistema difuso*

Esta forma de control difuso es ejercida por jueces de distintas jerarquías, cuando se trata o se requiere la inaplicación de una norma por ser violatoria de otra que tiene rango constitucional. La Corte, en distintas oportunidades, ha manifestado al respecto lo siguiente:

Señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas no solo como una facultad, sino como un

deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera. Pero en materia de tutela esa figura es de recibo solamente si la aplicación de esas disposiciones contrarias a la Carta conlleva la violación de derechos fundamentales (Corte Constitucional, 2002, Sentencia T-357).

Por lo tanto, el sistema compete a todos los jueces, sin interesar su grado o jerarquía, y solo puede formularse por la vía prejudicial como consecuencia de un litigio y con una finalidad especial, la cual no afecta la norma en sí, sino su forma de aplicación para el caso concreto. Esta potestad no es atribuida únicamente a los jueces, sino que se puede acudir a las autoridades administrativas como un deber, cuando exista precisamente confrontación con una norma de mayor jerarquía (Bernal, 2002, p. 9).

En consecuencia se hace alusión a la “bipolaridad”: el hecho de que sea difuso el sistema de control, indica que este procede ante cualquier juez, manifestando la inconstitucionalidad de la norma que participa en la solución del litigio en curso; tesis que si es aceptada por el juez, puede conllevar que no se aplique en el caso la norma acusada (Bernal, 2002, p. 10).

El modelo difuso del sistema se contrapone al sistema concentrado, de acuerdo con la calificación del procesalista italiano Piero Calamandrei, que fue el inspirador de la Corte Constitucional italiana en la Constitución de 1948. El sistema difuso es propio de Europa y es “ejercido por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal, en la cual se cuestiona únicamente la ilegitimidad constitucional de las normas legislativas impugnadas, sin tomar en cuenta una controversia concreta” (Bernal, 2002, p. 14).

En nuestro país es usual hablar de que el control de constitucionalidad se maneja en el modelo difuso por la vía de la excepción, retomando esta

expresión en el entendido de medio de defensa ejercido por el demandado (la inconstitucionalidad de la norma). Como antecedente histórico de control constitucional en Colombia recordamos que, no obstante la estabilidad de la excepción de inconstitucionalidad, la reforma de la Constitución de 1886 realizada en 1910 fundó lo que se ha llamado la “acción pública de inconstitucionalidad o de inexecutableidad” (Bernal, 2002, p. 9), esto es, que la ley no puede ejecutarse.

Es fundamental resaltar que el control de constitucionalidad tiene soporte en la regla o en el principio de supremacía de la Constitución. Según este, la Constitución Política se constituye como la norma de normas, es la norma fundante y de ella proviene la validez de todas las normas del sistema jurídico; por lo tanto, este se comprende organizado jerárquicamente a partir de la Carta Política.

### ***Del control por vía de excepción***

La doctrina convencional según la cual la excepción de inconstitucionalidad solo tiene efectos interpartes, es decir, en el proceso concreto dentro del cual fue inaplicada la norma contraria a la Constitución, es insuficiente tanto para proteger los derechos constitucionales fundamentales como para asegurar la efectividad de los principios fundamentales (Uribe, 1977).

La particularidad de que el control de constitucionalidad ante las leyes se haga efectivo en los Estados Unidos respecto a pleitos organizados bajo la decisión de los jueces admite la diferencia del mecanismo de control en lo relacionado con la posibilidad de encaminar una acción pública contra la ley, según lo propicia el sistema europeo y lo instauró el derecho colombiano de forma clara en la reforma de 1910 (Bernal, 2002, p. 14).

El modelo denominado *judicial review* deja, entonces, incólume la ley, la cual simplemente no es aplicada en el caso concreto. A pesar de lo dicho, la realidad es diferente de la teoría, y el acercamiento

entre los dos principales sistemas de control se produce por el mecanismo de la autoridad del precedente (*stare decisis*), que combinado con la existencia de un organismo jurisdiccional supremo para todo el país (la Corte Suprema Federal), paraliza en la práctica los efectos de la ley.

La disposición se traslada entonces al instrumento jurídico del precedente como mecanismo de generalización de la pérdida de los efectos de la ley. Debe partirse de la idea de que la decisión que se adopta sobre la constitucionalidad de la ley a la altura de la Corte Suprema es implementada por las demás instancias judiciales, lo que equivale en la práctica a esa pérdida general de efectos de la ley (Uribe, 1977).

Dentro de todo el sistema jurídico característico del *Common Law* se encuentra la regla del precedente (*rule of precedent*), que determina la obligación del juez de ceñirse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas con anterioridad por los órganos jurisdiccionales (*stare decisis et quia non movere*). De esta manera, aunque debidamente los resultados se circunscriben a las partes de las *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo, dando al sistema norteamericano una verdadera eficacia *erga omnes* bien diferente de la simple inaplicación de la norma, como también la posibilidad de que en otros supuestos la ley pueda ser nuevamente aplicada.

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

La primacía constitucional con el fin de mantenerse incólume requiere inexorablemente de la dotación de controles que en la práctica cumplan a cabalidad con la función protectora y garantizadora, en tanto fundamento para su existencia. En consideración a estos mecanismos es pertinente mencionar que bajo un enfoque de carácter cons-

titucional podemos encontrar varias clases, como los siguientes:

- a. Control difuso
- b. Control abstracto
- c. Control general
- d. Control concreto

Todo modelo de control constitucional debe partir de un punto en común: un régimen democrático de Estado de derecho cuyo apoyo característico es el principio de legalidad. En este sentido, los Estados que han establecido constituciones escritas las contemplan como parte integradora y fundamental del régimen jurídico que impera en la nación; consecuentemente, la teoría que impera en los gobiernos debe contemplar el postulado en virtud del cual una ley ordinaria que contradiga la Constitución debe declararse inválida. Esto hace alusión al principio de jerarquía constitucional que precisa Han Kelsen en sus fundamentos, al analizar la teoría pura del derecho (Uribe, 1997).

### Del control difuso

Según Bernal (2002), es un “método en el que son participes todos los jueces y no únicamente un órgano *ad hoc*, que se estructura constitucional y legítimamente para ejercer la función específica de la guarda de la integridad de la Carta Política” (p. 6).

A pesar de que esta modalidad de control difuso se ejerce de manera general por los jueces bajo un criterio centralizado, no obsta para que se conciba un grado íntimo de centralización; es decir, el control difuso acertadamente admite un criterio menos rígido en el sentido de que la entidad o impacto centralista de la función controladora no desaparezca, sino que se traduzca en un sistema donde no existe un órgano especializado para la guarda constitucional. Para ello no deben admitir-

se hipótesis inconcebibles en las que además de los jueces, sean los funcionarios públicos quienes ejerzan el control, ya que el sistema jurídico se resquebrajaría, puesto que existe la posibilidad de que se rehúsen al cumplimiento de cualquier ley bajo el pretexto de considerarla inconstitucional (Uribe, 1997).

Según la opinión de Capitel (1966),

en el método de control difuso de la constitucionalidad, es decir, en el llamado método americano, todos los órganos judiciales inferiores y superiores, federales y locales poseen, según se ha visto, el poder-deber de despabilar las leyes inconstitucionales, en los casos concretos sometidos a su conocimiento (p. 33).

Para dicho teórico, la aparición del control difuso, originario del sistema americano en los sistemas de *Civil Law*, traería inseguridad jurídica en el sentido de que una misma ley se inaplique por parte de algunos jueces por estimarla inconstitucional, o no haya un criterio uniforme y otros jueces estimen conveniente aplicarla, debido a que en su opinión la ley es constitucional. Esta dicotomía de posiciones traería sin lugar a dudas problemas de inseguridad jurídica o cambios de motivación en los fallos, que podrían llevar de manera drástica a cambiar la opinión inicialmente tomada por un juez en uno u otro sentido.

En Colombia, según la opinión de Restrepo Piedrahíta (1978), se puede divisar el carácter difuso del método de constitucionalidad: "Nótese que el carácter difuso del método americano se limita apenas al ámbito judicial. En Colombia, por interpretación extensiva y ultraextensiva, comprende al legislativo, al ejecutivo y al judicial" (p. 66).

Antes de la creación de la Corte Constitucional, la guarda de la integridad constitucional en Colombia no correspondía solamente a la corporación que anteriormente ejercía las funciones pertinentes al control, es decir, la Sala Constitucional de la

Corte Suprema de Justicia por mandato originado en el artículo 41 de la reforma constitucional de 1910. Tales funciones, sin ser exclusivas de ese organismo jurisdiccional, se ejercían de manera conjunta con el Consejo de Estado desde 1945, en lo que también tenían injerencia el Presidente de la República –que se ha concebido como guardián permanente de todo el orden constitucional y legal–, los gobernadores, los tribunales y los jueces ordinarios; en síntesis citaba: "Los tribunales administrativos y cualquiera otras autoridades que tengan la función de aplicar leyes" (Constitución de Weimar, artículo 19).

Es relevante mencionar la iniciativa promovida en 1968 de crear una Corte Constitucional mediante un proyecto de reforma que reestructuraba tajantemente el sistema de control: proponía unificar, mediante la creación de un organismo especializado, las distintas formas de control que ejercía la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales de lo contencioso administrativo y las demás entidades jurisdiccionales y administrativas que daban al sistema de control constitucional un carácter disperso. Sin embargo, esta iniciativa, pese a ser inicialmente apoyada y aprobada en el Congreso en primera legislatura y sin objeción alguna, se frustró debido a la situación política del momento y al advenimiento de posiciones doctrinarias contrarias, partidarias del resguardo del control imperante en aquella época (Charry, 1994).

La adopción del sistema de control constitucional por vía de excepción tiene origen americano y su esencia es difusa o dispersa, ya que consiste en la posibilidad de que el juzgador, en una controversia con efectos interpartes, inaplique un determinado texto legal por considerarlo inconstitucional. En este sentido se admite como postulado, para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicará de preferencia la disposición constitucional. Para algunos doctrinantes, esta frase anuncia el sistema norteamericano

de control difuso, el cual se admitió en Colombia bajo la adopción de la Ley 57 de 1887.

En el sistema de control constitucional por vía de excepción, el juez no puede declarar la inexecutable de la ley, ni los efectos de su inaplicación pueden extenderse o generalizarse; únicamente deben quedar limitados al caso concreto sometido a su jurisdicción. Por ello se acepta que la ley inaplicada en el caso particular continúa vigente y los demás jueces pueden seguir aplicándola, incluso el mismo juez que en un momento dado se abstuvo de tenerla en cuenta y cambie su opinión en algún litigio posterior (Charry, 1994).

En este sentido vale la pena señalar la Constitución de Weimar (Alemania) en su artículo 19, el cual disponía que el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich era el encargado de resolver casos jurídico-políticos entre el gobierno federal y un territorio, o en el interior de un mismo territorio, sino existía la colaboración de tribunales federales. En este caso encontramos varias autoridades ejerciendo labor de control constitucional; los litigantes deben ser personas de derecho público con iniciativa exclusiva del proceso a nivel constitucional y sin injerencia de particulares:

De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un territorio en donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios de carácter no privado entre territorios distintos o entre el Reich y un territorio, decidirá a instancia de una de las partes litigantes, el tribunal de justicia constitucional, siempre que el litigio no sea de la competencia de otro Tribunal del Reich. El presidente del Reich es el encargado de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia Constitucional (Constitución de Weimar, artículo 19).

### Del control concreto

Alude principalmente a la producción de efectos únicamente circunscritos a la órbita de una contro-

versia determinada, en la que se afecta solamente a las partes intervinientes en la actividad de control. En este sentido, el efecto que está llamado a producir el control concreto es la inaplicabilidad de una norma por considerarse contraria a la Constitución.

Es menester decir que para estos efectos, la norma queda intangible respecto a su vigencia, es decir, no pierde su capacidad vinculante o coercitiva para los asociados, pero se elude su aplicación por parte del juzgador que hace la interpretación de la norma en cuestión y encuentra que infringe preceptos constitucionales de mayor jerarquía. A su vez, en el examen de constitucionalidad, el juez encuentra que si se aplicase la norma en el caso concreto se afectaría en consecuencia algún derecho fundamental de alguna de las partes que reclama el mecanismo de control (Uribe, 1997).

El control concreto produce efectos interpartes, pero nunca *erga omnes*; tampoco se declara la abolición de la norma jurídica, sino que los mencionados efectos no trascienden de la órbita en que deben producirse. Esta es la situación o el litigio determinado, en la cual únicamente se va a discutir si la norma pugna contra la Constitución; si esto resulta comprobado, es inevitable la declaración de inaplicabilidad.

### Del control abstracto

En esta modalidad de control de constitucionalidad se destaca la producción de efectos *erga omnes*. En virtud de esta modalidad se examina una norma jurídica y todas sus disposiciones, comparándolas con la Constitución, que es la norma de mayor jerarquía. Si en dicho examen se manifiesta una violación legal al precepto superior, la solución es declarar inexecutable la norma, es decir, declararla inexecutable a nivel general o insubsistente. En este caso no hablamos de una controversia pretérita para la operación del control, sino que hablamos de una vía directa en manos de todos

los ciudadanos que son titulares de ella, para efectos de acabar con la vigencia de la norma en cuestión que se considera atentatoria del régimen constitucional (Charry, 1994, p. 25).

En el control abstracto de constitucionalidad, la decisión opera por vía general, esto es, los efectos de la decisión a tomar en el caso de inconstitucionalidad trascienden la órbita de los ciudadanos que interponen la acción respectiva para activar el mecanismo de control aducido. Esto significa que tales efectos se extienden hacia terceros, y el fallo los vincula en virtud de la discusión de la abolición de una norma legal declarada inconstitucional.

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

### Acción de inconstitucionalidad

Uno de las principales consecuencias de la Constitución Política de 1991 fue precisamente abrir la compuerta del control constitucional a todos los ciudadanos por vía de acción, pero el efecto de mayor relevancia fue permitir a los funcionarios públicos inaplicar normas de inferior jerarquía en los casos que entraran en contradicción con preceptos o principios constitucionales.

Veamos cuál es el referente mediato de este fenómeno constitucional:

Como oposición al artículo 6 de la Ley 153 de 1887, que señalaba una disposición expresa de ley posterior a la constitución, se reputa como constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la constitución. [Así] nace en nuestro país un novedoso e imperioso sistema de defensa judicial en la Constitución Política, con el objeto de garantizar la supremacía en nuestro ordenamiento jurídico (Henao, 2008, pp. 98-102).

Por tanto, los constituyentes construyen un doble procedimiento de control de la Carta Política, a saber: el uno por vía de excepción (con efectos particulares o interpartes), para la aplicación de

leyes incompatibles con aquella norma superior; el otro como acción pública conferida a cualquier ciudadano y destinada a obtener un pronunciamiento judicial con efectos generales o *erga omnes*, respecto de leyes y decretos gubernamentales de la Corte Suprema de Justicia, convertida en el nuevo guardián de la norma fundamental del Estado (Capitel, 1966, p. 36).

En este entendido, los artículos 40 y 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 dispusieron lo siguiente:

Artículo 40: En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41: A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del procurador general de la nación.

La excepción como modalidad de control constitucional consiste en que los operadores judiciales –quienes se encargan de hacer cumplir el ordenamiento jurídico en nuestro país– tienen la obligación de aplicar siempre la Carta Política, ley suprema prioritaria a la cual se subordinada una norma en caso de incompatibilidad entre ellas. La Carta Política de 1991 fue más clara al decir que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicaran de preferencia las disposiciones constitucionales (artículo 4).

Este mecanismo le permitía a todo ciudadano acusar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes de la república o los decretos nacionales, con el fin de que esta corporación decidiera definitivamente sobre su exequibilidad, es decir, declararlos ejecu-

tables o inejecutables mediante sentencia o, en otros términos, conformes con la Constitución o en contradicción con ella<sup>1</sup>. Obviamente, en el primer caso la declaración de exequibilidad le permitía a tales normas seguir rigiendo, pues al tener respaldo en el órgano defensor del estatuto superior, conservaban su fuerza ejecutoria; en el segundo supuesto, mediante el fenómeno contrario de la inexequibilidad perdían su indispensable respaldo constitucional, dejaban de regir y eran retiradas del listado de normas positivas (Capitel, 1966, p. 38).

Para mayor garantía, los respectivos procesos se adelantarían con audiencia del procurador general de la nación, cabeza del ministerio público y representante de los altos intereses de la sociedad civil. Asimismo, el gobierno podía acusar ante la Corte los “actos legislativos”<sup>2</sup>. Esta expresión se refería a los proyectos de ley aprobados por el Congreso y respecto de los cuales el presidente de la república, antes de impartirles la sanción ejecutiva, expusiera los motivos de inconstitucionalidad. Esta era una forma de control surgida de la Constitución de 1886, en donde correspondía a la Corte Suprema decidir definitivamente “sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales” (Uribe, 1997).

La revisión constitucional de 1945 reguló en los términos siguientes la acción pública de inconstitucionalidad o inexequibilidad:

Artículo 53: A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que han sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes

o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Esta reforma se refirió escuetamente a proyectos de ley, en vez de utilizar la expresión “actos legislativos”, mientras a la acción ciudadana la denominó “acción de inexequibilidad”. Igualmente, determinó los decretos gubernamentales susceptibles de ser acusados ante la Corte Suprema por cualquier ciudadano. Estos serían únicamente los dotados con fuerza de ley o de carácter legislativo –dictados en uso de facultades extraordinarias o autorizaciones especiales o durante el estado de sitio–, pues los demás decretos de carácter administrativo los remitió para conocimiento al Consejo de Estado, aplicando un criterio de competencia residual:

Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que trata los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución.

La reforma constitucional de 1968 se refirió una vez más al sistema judicial de defensa de la Constitución Política, y con el propósito de mejorar el trabajo de la Corte Suprema de Justicia creó en ella la Sala Constitucional, integrada “por magistrados especialistas en derecho público” y encargada de presentar ante la sala plena los proyectos de sentencia (ponencias) en materia de inexequibilidad.

Este orden jurídico rigió hasta 1991, año en que una Asamblea Nacional Constituyente, convocada por el voto directo de los ciudadanos, expidió una nueva Constitución Política. El sistema de acción pública de inexequibilidad permitía impugnar las leyes de la república e incluso, en un comienzo, los decretos nacionales ante un solo órgano: la

1 El vocablo “inexequibilidad” había sido empleado por primera vez en el derecho público colombiano en la Constitución de 1832 con un sentido equivalente al de la palabra “inconstitucionalidad”

2 Acto Legislativo 3 de 1910.

Corte Suprema de Justicia. Sus fallos tienen efectos generales y se anticipan al modelo kelseniano y al control concentrado de constitucionalidad de impronta europea, que pertenece al constitucionalismo de entreguerras (constitucionalismo mundial). Debe tenerse en cuenta que un sector de la doctrina propugnaba varias décadas antes como un avance de la democracia la institucionalización de la jurisdicción constitucional, en la cual la anulación del acto inconstitucional representara la más eficaz garantía de la Constitución.

Entre tanto, la excepción de inconstitucionalidad es una modalidad de “desaplicación” normativa (Fernández, 1992, citado en Henao, 2006, p. 102), en defensa del estatuto superior, de cuya titularidad participan autoridades judiciales e incluso administrativas cuando resuelven controversias sometidas a su conocimiento. Este es un caso en el cual la excepción obra como cuestión incidental y tiene alcance limitado al asunto de que se trata, si se tiene en cuenta la revisión judicial norteamericana de donde había surgido el procedimiento opuesto: el control difuso (Vidal, 1996).

Los sistemas adoptan aspectos de ambos controles; ejemplo de ello es el instituto de la revisión previa, con efectos *erga omnes* y vigente entre nosotros respecto de los proyectos de leyes estatutarias aprobados por el Congreso (artículo 153) y de leyes aprobatorias de los tratados internacionales suscritos por el gobierno (artículos 241-310). Las primeras deben ser remitidas a la Corte Constitucional antes de su sanción presidencial; las segundas deben ser remitidas dentro de los seis días siguientes a dicho acto solemne, para que se resuelva lo pertinente con anterioridad a la ratificación del tratado (Fernández, 1992, p. 108).

### La Constitución de 1991

En esencia, la Asamblea Constituyente mantuvo el sistema colombiano de defensa judicial de la Carta Política, pero trasladó la competencia atribuida a

la Corte Suprema de Justicia –convertida a partir de entonces en tribunal de casación– a una corporación judicial creada con el nombre de “Corte Constitucional”.

Contra las sentencias de la corte constitucional no procede recurso alguno, y el contenido material del acto jurídico que sea declarado inexecutable por razones de fondo no podrá ser reproducido por ninguna autoridad, mientras subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron para hacer la confrontación normativa (artículo 243).

Por orden legal, las sentencias que profiera la Corte tienen efectos hacia futuro, a menos que ella misma resuelva lo contrario (Ley 270 de 1996, artículo 45). En este sentido, la corporación declaró inexecutable un precepto expedido con anterioridad por el legislador extraordinario: Decreto 2067 de 1991, artículo 21, inciso 2. De conformidad con este decreto, “los fallos de la Corte solo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución” (Constitución Política de 1991, artículo 149). Este último aspecto está relacionado con el artículo 149 de la Constitución Política de 1991 referido a las reuniones de miembros del Congreso de la República efectuadas fuera de las condiciones constitucionales (véase Sentencia C-113 de 1993).

Complementariamente, se dio a la Constitución el calificativo de “norma de normas”, reiterándose su aplicación preferente en todo caso de incompatibilidad ya no tan solo con la ley, sino también como lo venía sosteniendo la jurisprudencia y la doctrina con otra norma jurídica cualquiera (Constitución Política de 1991, artículo 4).

Por otra parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo –justicia colegiada a cargo del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos de los departamentos– continuará conociendo de

los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial, en tanto tenga capacidad para anularlos en los casos de ostensible oposición con norma positiva superior, frente a los que podrá disponer su suspensión provisional (artículos 237 y 238) (Vidal, 1996).

### Competencia constitucional

En el ámbito constitucional existen cinco jurisdicciones: ordinaria (Corte Suprema de Justicia, tribunales del distrito judicial y juzgados), de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y tribunales administrativos), de paz (jueces de paz), de las comunidades indígenas y constitucional (Corte Constitucional). Estas jurisdicciones ejercen actividades de manera autónoma; sin embargo, rige el principio de solidaridad dentro dichas ramas, más aún si en el caso de la jurisdicción constitucional el sistema no está completamente concentrado, sino que ofrece modalidades de control difuso. Ejemplo de ello es la participación del Consejo de Estado cuando conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, en cuyo caso su competencia deriva directamente de la voluntad del constituyente (Uribe, 1997).

Por su parte, la Corte Constitucional inició labores el 1 de marzo de 1993. A partir de entonces y con ciertos cambios suscitados conoce de dos tipos de procesos: los de inconstitucionalidad (inexequibilidad), para la defensa de la integridad y supremacía de la Carta Política frente a leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; y mediante su revisión eventual con miras a unificar la jurisprudencia, los procesos de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Además resuelve, bajo estricta reserva, sobre las excusas que presenten personas naturales o jurídicas que hubieren sido llamadas a declarar en sesión especial ante comisiones legislativas, de conformidad con los artículos 137 y 241-6.

También tiene asignada una función electoral, consistente en elegir uno de los seis magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (tres provienen del Consejo de Estado y dos de la Corte Suprema) y designar los integrantes de la terna judicial, formada además por otro candidato de la Corte Suprema y otro del Consejo de Estado. Con base en esta terna, el Congreso en pleno elegirá al contralor general de la república. Igualmente, hace el nombramiento de los empleados de la corporación, con excepción de aquellos pertenecientes al despacho de cada magistrado (Tobón, 199, pp. 115-139).

### EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El origen remoto de la excepción de inconstitucionalidad probablemente se encuentra en la institución norteamericana de la *Judicial Review*, no solo porque comparte con ella la condición de ser una forma de control judicial de constitucionalidad –materia en la que el primer antecedente en el mundo fue ciertamente la *Judicial Review*–, sino, sobre todo, porque además tiene en común la condición de ser un remedio procesal subjetivo concebido de modo que simultáneamente con el control de la constitucionalidad de las leyes, se garantice la protección de un derecho particular del demandante (Tobón, 1999, pp. 115-139).

Por otra parte, al igual que la acción de inconstitucionalidad, la excepción fue en Colombia parte de la airada reacción que se levantó contra el empeño de no pocos de los regeneradores de 1886 de perpetuarse por la puerta falsa en el ejercicio del poder constituyente; empeño cuyo culmen fue el artículo 6 de la Ley 153 de 1887, según el cual “una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”

Una y otra, acción y excepción, fueron entonces los instrumentos encargados de conformar la fuerza

de choque con la que se buscó asegurar efectivamente el imperio de la constitución, taponando los caminos más utilizados para hacerles un esguince a sus normas y para hacer nugatorios los derechos consagrados en ella; caminos que con frecuencia no eran otros que los de la propia ley.

La explicación de lo que había venido ocurriendo y que desembocó en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 era sencillamente la siguiente: cuando se estructuró nuestra naciente organización política se abrazó férreamente la concepción francesa que ponía al poder legislativo como centro de gravedad del Estado. Con tal concepción se cimentó la idea de que tanto el Estado como la ley eran incontestables, e incluso que aquel considerara que parte esencial de su misión era el deber de fungir de cancerbero de la Constitución (Vidal, 1996).

Prueba de ello es el precepto que se consagró en el artículo 10 del capítulo III de la Constitución de Tunja de 1815 –y luego, palabras más, palabras menos, en casi todas las que siguieron–: “únicamente la legislatura tendrá facultad para interpretar, ampliar y restringir, comentar y suspender las leyes [...] El poder ejecutivo y el judicial deberán ligarse a la letra de las leyes y en caso de duda consultar a la legislatura” (citado en Uribe, 1997, p. 407).

Dentro de ese panorama, la entronización conjunta, en 1910, de la acción y de la excepción de inconstitucionalidad constituyó una verdadera revolución. En esa materia se marcó el tránsito de la concepción francesa a la norteamericana, al pasarse de la idea de un legislativo todopoderoso cuyos actos no están sujetos a ningún control externo, puesto que son el emblema de la soberanía del Estado y del derecho, a una idea de poder legislativo cuyos actos se encuentran sometidos al imperio del derecho, a través de un control judicial concebido en aras de la supremacía constitucional y de la efectividad de los derechos de los ciudadanos. Además, la revolución en mención significó un paso fundamental y ciertamente visionario en el

proceso de estructuración de un sistema de instrumentos procesales de rango constitucional para la protección de las libertades públicas (Vidal, 1996).

Con todo, a diferencia de la norma sobre la acción de inconstitucionalidad, que no tenía antecedente directo de ninguna especie cuando se instituyó en 1910, el artículo que simultáneamente consagró la excepción de inconstitucionalidad no era del todo nuevo (Uribe, 1997).

## **EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA**

Para abordar el problema que surge del uso que los jueces de Bucaramanga dan a la excepción de inconstitucionalidad cuando protegen derechos superiores conexos a la salud o integridad personal de los ciudadanos, se hace necesario desarrollar algunos conceptos básicos del Sistema de Seguridad Social en Salud y de la normatividad existente en el Plan Obligatorio de Salud, posterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, que transformó sustancialmente la prestación de este servicio público fundamental.

### **Concepto del Sistema de Seguridad Social colombiano**

Preámbulo de la Ley 100 de 1993:

El conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los conjuntos de habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Cuando hablamos de seguridad nos referimos no solo a cada uno de los elementos que la componen, sino que más bien implica el desarrollo uniforme de ese conjunto de elementos, cuyo principal

objetivo es garantizar el bienestar individual del empleado y su núcleo familiar, asegurando de esta manera su calidad de vida.

En cuanto a la calidad de vida en el escenario del Estado social de derecho que alude la Constitución Política de 1991, obtener dicha pretensión es un deber del Estado para con su comunidad y como tal se encuentra consagrada, entre otros, en los artículos 357, 334 y 64 del ordenamiento constitucional.

Conforme con los racionamientos constitucionales, el artículo 1 de la Ley 100 de 1993 estableció que el objeto del Sistema de Seguridad Social Integral será

garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios sociales complementarios, materia de esta ley u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Teniendo como referente este concepto, podemos resaltar dos tópicos: la salud como derecho y como acceso, que alcanzan una representativa distinción: por una parte, insistimos en la relevancia que tiene la articulación del concepto, en cuanto debe comprenderse que por medio del Sistema de Seguridad Social Integral no se pretende únicamente una prestación económica o asistencial (pensión, salud, indemnización), pues lo que busca el Estado es la garantía del contenido social y permitir un desarrollo pleno de los vinculados al sistema, al igual que su grupo familiar, con el propósito de alcanzar una mejor calidad de vida.

## SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Para entender la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud es importante considerar algunos aspectos conceptuales que lo enmarcan, refiriéndonos particularmente a los objetivos del propio sistema, a los principios o reglas rectoras, a las finalidades de la intervención estatal, a los regímenes que lo conforman y a su organización institucional.

El sistema de salud tiene como finalidad “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (Ley 100 de 1993, artículo 152). Estos objetivos pretenden desarrollar el fundamento constitucional según el cual la salud es un servicio público esencial (Constitución Política de 1991, artículo 49), en el que el control, la dirección y la vigilancia le corresponden al Estado a través de los distintos organismos que lo conforman. De igual manera corresponde al Estado crear una condición de acceso a toda la población, lo que significa que el sistema de salud está diseñado como un modelo contributivo y un modelo de seguridad social asistencial.

Para comprender a cabalidad el sistema de salud se hace imperioso distinguir de manera puntual los regímenes que lo conforman, es decir, el régimen contributivo y el régimen subsidiado, que están dirigidos a un sector específico de afiliados. El régimen contributivo está dirigido a quienes tienen capacidad de pago a través de una cotización, por estar activos laboralmente ya sea por medio de un contrato de trabajo o como independiente con capacidad de pago; el régimen subsidiado está dirigido a la población más pobre y vulnerable, que por su condición económica no puede pagar la cotización.

En aplicación del principio de universalidad de la afiliación, todos los habitantes en Colombia debe-

rán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y con los ingresos propios de los entes territoriales (Ley 100 de 1993, artículo 156-b); en donde la primera modalidad corresponde al régimen contributivo y la segunda, al régimen subsidiado.

La norma define al régimen subsidiado como

un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos sociales o de la solidaridad (Ley 100 de 1993, artículo 211).

Por su parte, el régimen contributivo es

un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o en un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador (Ley 100 de 1993, artículo 202).

## REGÍMENES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Cuando hacemos alusión a la noción de salud no podemos dejar de lado los derechos originarios y de rango constitucional, como es el derecho fundamental a la vida. El artículo 11 de nuestra Constitución Política precisa que el derecho a la vida es inviolable, y lo califica como el primero de los derechos fundamentales. Por esta razón, "siempre que la vulneración del derecho a la seguridad social en salud implique también afectación de derechos como la vida, podrá entonces adquirir la categoría o calidad de derecho fundamental por conexidad" (Cortés, 2007, p. 269).

Frente a las prestaciones precedidas en el Sistema de Seguridad Social en Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado a través de la Sentencia SU-508 de 2001:

El Sistema Colombiano de Seguridad Social Integral es un sistema de corte mixto que recoge de los clásicos modelos alemán (de Bismarck) y británico (de Beveridge). Es un sistema público que tiende a la universalidad, casualista de financiación diversa y con regímenes plurales. No se puede confundir el Sistema de Seguridad Social en Salud con los regímenes que la integran. El sistema es una política y el régimen es un mecanismo. El Sistema de Seguridad Social en Salud cuenta con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio: a) el régimen contributivo, al cual pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago; y b) el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

El Estado está obligado a prestar el Plan de Atención Básica en Salud, y las EPS especialmente deben prestar el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado le ha fijado.

Al régimen contributivo se afilian aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes realizan una cotización obligatoria al sistema. Al régimen subsidiado se afilian las personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Las personas vinculadas al sistema por incapacidad de pago tienen derecho a los servicios de atención en salud mientras logran afiliarse al régimen subsidiado (Corte Constitucional, 1998, Sentencia C-542).

La ley creó el régimen subsidiado, señaló su propósito y beneficiarios y previó que el Consejo

Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) determinaría la forma y las condiciones para que dicho régimen operara, lo cual no implicaría en sí el ejercicio de una facultad discrecional, sino que tal determinación constituiría un deber del CNSSS, con base en el propósito previsto en la ley en cita y respecto de los beneficiarios también en ella indicados. En consecuencia, el artículo 212 de la Ley 100 de 1993 es su fundamento legal<sup>3</sup>.

El artículo 172 de la Ley 100 de 1993, que contiene las funciones del CNSSS, en su numeral 6 establece que corresponde a dicho organismo definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables, a la población con las que deben estar conformadas, esto es, a la población perteneciente a los niveles 1 y 2 del Sisbén, a las poblaciones especiales (población infantil abandonada, indigentes, artistas, autores y compositores) y a las poblaciones del área rural, indígena y urbana. También determinó la prioridad de los potenciales afiliados de cada uno de los anteriores grupos, función que le fue asignada al CNSSS mediante el parágrafo 4 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, según el cual dicha institución definirá y reglamentará los grupos de afiliación prioritaria al subsidio<sup>4</sup>.

Resulta importante recordar que de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo No. 1 de 2005 se encuentran exentos de aplicación de dicha ley los miembros de las fuerzas militares y la policía, los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y los servidores públicos y pensionados de Ecopetrol, por

cuanto al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, ellos tenían su propia regulación.

Lo anterior no significa que las normas del Sistema de Seguridad Social no les sean aplicables cuando se estime que estas les son favorables, según lo dispuesto en el artículo 288 del Estatuto de Seguridad Social; es decir, frente a todos los servicios del Sistema de Seguridad Social Integral opera el principio de favorabilidad.

La Ley 100 de 1993 establece que el Sistema de Seguridad Social no se aplicará cuando vulnere los derechos a la dignidad humana de los afiliados al sistema, en cuyo caso tendrán plena eficacia y validez los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de nuestra Carta Política.

En este sentido es importante resaltar que la Constitución Política de 1991, según señala Cortés (2007),

distingue entre el derecho a la salud como un servicio público a cargo del Estado (artículo 49), y de manera independiente contempla también el derecho a la seguridad social integral que se deriva del artículo 48, dentro del cual encontramos la seguridad social en salud; uno y otro derecho están orientados a un fin último, que es el de asegurar el bienestar y la integridad de sus asociados y proteger la vida y salud de estos y sus respectivos núcleos familiares. En esa medida, según reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, ambos podrán adquirir el carácter de derecho fundamental siempre que su vulneración ponga en riesgo derechos como la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo, entre otros.

Bajo estos supuestos, el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 determina, en tanto finalidad del sistema la regulación del servicio de salud, la creación de condiciones de acceso a toda la población, en los distintos niveles de atención, en donde la presta-

3 Consejo de Estado, Radicación No. 5520-00.

4 Cita de la Sentencia de la Corte Constitucional C-577, del 4 de diciembre 1995, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, por medio de la cual se declaró la inexecutable de los artículos 156, literal m (parcialmente), 204, inciso 2, y 172, parágrafo 3, en cuanto ordenaban la adopción por el Gobierno de las decisiones aprobadas previamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

ción del servicio se haga dentro de los parámetros de óptima calidad.

Con la modificación del Sistema de Seguridad Social en Salud se pretende, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007,

realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización y mejoramiento en la prestación de los servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

Los aspectos más importantes de la reforma son: a) el artículo 153, que señala como principios rectores del Sistema Seguridad Social en Salud la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la escogencia, la autonomía de las instituciones, la descentralización administrativa, la participación social, la concertación y la calidad; b) artículo 159, que garantiza a los afiliados al sistema la debida organización y prestación del servicio público de salud, para lo cual las EPS prestarán los servicios del POS a través de sus respectivas IPS, al igual que brindarán atención de urgencias en todo el territorio nacional. Señala este mismo artículo que habrá libertad de escogencia y traslado entre entidades y se establecerán mecanismos de participación, de tal manera que los afiliados puedan ejercer control sobre el funcionamiento de las diversas entidades del sistema.

## **PATRONES HERMENÉUTICOS QUE SE DEDUCEN DE LAS DECISIONES DE LOS JUECES FRENTE A LAS REGLAS HERMENÉUTICAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que cuando la aplicación estricta de las normas legales y reglamentarias sobre la prestación del servicio público de salud –particularmente las relativas al Plan Obligatorio prestado por las EPS– pone en situación de riesgo, peligro o vulnera efectivamente derechos de rango constitucional de carácter fundamental o diferente a este, corresponde inmediatamente su inaplicación a través de operador judicial, de acuerdo con el artículo 4 de la Carta Política.

De esta manera se da prevalencia a las normas y principios constitucionales que aseguran derechos constitucionales fundamentales, por encima de las normas expedidas por el legislador. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que la inaplicación aludida no es de carácter automático, ni se aplica en todos los casos, pero que se torna necesaria cuando:

Primero, la aplicación de las normas legales o reglamentarias que excluyen determinados tratamientos o medicamentos amenaza seriamente o vulnera efectivamente los derechos a la vida y a la integridad física de los interesados; segundo, cuando el tratamiento o medicamento excluido no puede ser reemplazado, con la misma efectividad, por otro cubierto por el Plan Obligatorio de Salud; tercero, cuando sea tal la situación económica del demandante que se pueda pensar fundadamente que no se encuentra en condiciones de asumir directamente el costo del tratamiento o medicamento excluido, y que no tenga forma distinta de acceder a él, como, por ejemplo, un plan complementario, un contrato de medicina prepagada con servicios adicionales a los del Plan Obligatorio de Salud, etc.; finalmente, cuando el tratamiento o medicamento haya

sido ordenado por un médico adscrito a la entidad de salud de quien se reclama la prestación del servicio (Corte Constitucional, 2003, Sentencia T-256).

Resulta importante señalar que tratándose de inaplicación de las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, cuando estas generen un riesgo o pongan en peligro la vida de las personas, el funcionario judicial tiene la potestad de inaplicarlas, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, por ser precisamente violatorias de normas constitucionales. Frente a esta situación no tenemos duda alguna, pues siempre que se reúnan las condiciones, requisitos o subreglas jurisprudenciales para cada caso, el juez de tutela procurará la protección del derecho. Pero nos surge la duda frente a las reglas aplicadas por el juez en el momento de adoptar su decisión: ¿cuáles son esos patrones hermenéuticos utilizados por los jueces cuando proceden a dictar su sentencia?

De acuerdo con lo observado, el operador judicial suele creer que la facultad discrecional puede adoptarse literalmente, cuando en realidad esta facultad absoluta no existe. Una regla hermenéutica de probable aplicación por parte de los jueces de Bucaramanga es que ante la reincidencia de las entidades que administran y prestan los servicios de salud –específicamente cuando existe la negativa de entrega de medicamento, de realización cirugías, etc., por no estar contemplados en el POS– y respecto a la afectación de los derechos fundamentales de los afiliados al sistema, deberá prestarse de manera inmediata el servicio demandado.

La anterior regla tiene una excepción, pues la Corte también ha indicado que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes para adoptar e implementar medidas orientadas a realizar en la práctica estos derechos fundamentales, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer

por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad. Esto aplica sobre todo en sujetos de especial protección o, en general, en personas puestas en situación evidente de indefensión.

Frente a la situación anterior, la Corte Constitucional, mediante Sentencia 760 de 2008, aborda todo un conjunto de pronunciamientos sobre los diferentes componentes del Sistema de Seguridad Social en Salud. Igualmente trata temas tan relevantes como los derechos fundamentales desde el marco internacional, especialmente el derecho a la salud. Además traza una serie de lineamientos a seguir para corregir las deficiencias del sistema, pero no cambia la regulación en la materia, ya que no es de su competencia, sino del Congreso de la República, hacer una nueva regulación del sistema; necesidad que se evidencia por la cantidad de tutelas que se interponen día a día, denunciando la violación de los derechos a la salud.

En la Sentencia 760/08, la Corte Constitucional estudia varios casos en los que se ha negado el servicio de salud por diversos motivos, pero que reiteradamente se ha abordado y dado solución a través de la jurisprudencia emitida por la Corte. Muy a pesar nuestro no han hecho eco en la conciencia de las entidades prestadoras de salud y en los organismos encargados de la dirección, control y vigilancia de estas entidades, ya que el porcentaje de tutelas presentadas cada año por estos motivos siguen en aumento.

Es importante señalar, en referencia al reciente fallo de la Corte Constitucional, que debido al gran número de tutelas por la violación del derecho a la salud, se congestionaron los despachos judiciales. Esto ocurrió específicamente en relación con la prestación de los servicios de salud a los afiliados, por lo cual la Corte Constitucional, en el fallo anteriormente mencionado, realizó las siguientes precisiones:

La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad humana, sino porque muchas de las veces el tutelante es sujeto de especial protección, y lo más importante, aquella se encuentra contemplada dentro de los servicios públicos amparados por la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, la ley y los Planes Obligatorios de Salud.

Igualmente, con este fallo la Corte reconoce la salud como derecho fundamental.

Otra regla hermenéutica, teniendo como apoyo la sentencia en mención, es el relacionado con la vulneración del principio legal de integridad, el cual reza:

Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto, cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley 100 de 1993 (artículo 2, literal b).

Esto entra en concordancia con el principio *pro homine*, considerado criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos y en virtud del cual se debe acudir a la norma más favorable al hombre.

En este trabajo resulto claro, luego de la exploración de casos, que si bien existe una pauta hermenéutica empleada por los jueces de Bucaramanga, igualmente se determinó la inexistencia de una homogeneidad en el planteamiento hermenéutico acerca de la utilización de las reglas jurisprudenciales, como también en los efectos directos e indirectos que produce la decisión judicial.

Existe una consulta judicial al referente jurisprudencial que mayor connotación posea frente al caso a resolver, pero igualmente se evidencia la carencia de un criterio hermenéutico en esta

consulta. Así, se plantea la solución al problema jurídico bajo el entendido de una analogía abierta sobre elementos fácticos de coincidencia, mas no por la coincidencia de elementos estructurales de la *ratio decidendi* o fondo de la decisión constitucional.

En pluralidad de eventos observados se hallaron decisiones judiciales sustentadas sobre casos análogos abiertos, fundamentados en consideraciones al margen del problema jurídico, en los cuales se abordaban varias temáticas directas y subyacentes. Ello implicó necesariamente decisiones de inaplicación de normas del Plan Obligatorio de Salud, con un trasfondo de sentido diverso, cuya repercusión terminó en la decisión contradictoria frente a la protección del derecho amenazado o vulnerado.

## CONCLUSIONES

En el desarrollo de este trabajo se efectuó una revisión de la historia del control constitucional, bajo la perspectiva del juez como sujeto, origen jurisprudencial y doctrinal del control constitucional. Consecuencialmente se profundizó en la perspectiva interpretativa de la jurisprudencia sobre las modalidades de control constitucional en Colombia, específicamente cuando se trata de proteger el derecho a la salud a través de las decisiones adoptadas por los jueces de Bucaramanga. Con ello se trató de evidenciar la regla hermenéutica utilizada por los funcionarios judiciales en sus sentencias.

Se observó un problema inicial referido a la connotación hermenéutica de las decisiones judiciales en un contexto sociocultural, precisando su cercanía a un modelo de interpretación que hace uso del control constitucional difuso. Lo anterior, bajo la excepción de inconstitucionalidad frente a normas del Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando ellas entran en contradicción con normas

superiores y deviene la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

En vigencia de la Constitución de 1886 se evidenció una ruptura desde la hermenéutica constitucional permitida, la cual fue desarrollada a partir de la Carta Política de 1991. Las decisiones de los jueces implican un alto contenido constitucional y se apoyan estrictamente en modelos hermenéuticos trabajados por la Corte Constitucional. En la mayoría de las decisiones se desconocen las concepciones de sentencias arquimédicas, hitos, nichos jurisprudenciales y líneas jurisprudenciales, aunque en la mayoría de las sentencias se hace referencia a la aplicación de reglas sobre las que se apoya la excepción de inconstitucionalidad, lo que evidencia el desconocimiento del sentido del control difuso cuando se ejecutan estas decisiones.

Las decisiones de los jueces que exceptúan el ordenamiento jurídico por estimarlo contrario a normas superiores se estructuran fundamentalmente en el referente jurisprudencial, mas no en una clara comprensión de la línea jurisprudencial que permite argumentar tal decisión.

La estructura hermenéutica de las sentencias judiciales trabajadas corresponde a un componente eminentemente rígido, basado en modelos de decisiones de las altas cortes. Esto implica una carencia de sentido cuando se aborda el control constitucional difuso y se percibe que el Juez ejecuta el control sin pleno conocimiento de la función que en ese momento está desarrollando. Así, el control es ubicado más en la operativización de un sistema de precedentes, en el cual el juez trasfiere el control que hace la Corte Constitucional a su propia decisión, es decir, no asume conciencia hermenéutica de su función judicial de control constitucional.

En las decisiones de los jueces no se evidenció que realmente existiera un constructo de control constitucional que surgiera de su propia considera-

ción hermenéutica; tampoco se encontró ninguna decisión en la cual un juez hubiera utilizado su propio criterio hermenéutico para inaplicar una norma del Sistema de Seguridad Social en Salud, en consideración de que ella fuese contraria a la Constitución Nacional. En todos los casos se estableció que la contradicción fue develada por situaciones de analogías abiertas o cerradas, de las cuales derivaron elementos de sincronización de decisiones de la Corte y de los jueces, para crear no un criterio hermenéutico de características de homogeneidad en los componentes, sino una homogenización de decisiones basadas en referentes de la Corte Constitucional.

En este sentido, se establece que la línea jurisprudencial sobre la cual la jurisprudencia constitucional ha construido un sistema de reglas –que permite al juez acercarse a los elementos hermenéuticos para ejercer control constitucional sobre ciertas normas de inferior jerarquía– se convirtió en el modelo interpretativo de aplicación de la propia jurisprudencia, mas no en un elemento hermenéutico sobre el cual el juez apoye la excepción de inconstitucionalidad. Las decisiones judiciales poseen un sentido de aplicación de preceptos jurisprudenciales, bajo un criterio de argumento de autoridad constitucional que no tiene ninguna connotación de análisis hermenéutico acerca del conflicto entre normas superiores y normas de inferior jerarquía que desconocen derechos fundamentales.

Se puede afirmar que el control constitucional difuso ejercido por los jueces cuando inaplican normas del Sistema de Seguridad Social en Salud es un ejercicio de control trasladado desde la decisión de la Corte Constitucional, lo cual desdibuja la naturaleza de esta forma de control, que precisamente se basa en su condición de garantía dentro del Estado de derecho y tiene el objeto de asegurar la aplicación del principio de integridad y supremacía de la Constitución.

La decisión del juez no posee un contenido hermenéutico más allá de lo jurídico y no aparece evidencia de poseer una transversalización desde lo jurídico hacia lo sociológico y hacia la filosofía jurídica. Con ello, su decisión no va más allá del criterio de la Corte y no aborda el tamizaje básico de su constructo hermenéutico.

El control difuso pretende flexibilizar el control constitucional, desconcentrando la función de supremacía que ejerce la Corte Constitucional. Cuando los jueces inaplican normas inferiores basados exclusivamente en el criterio hermenéutico de la Corte Constitucional, simplemente reproducen bajo criterios literales argumentos de autoridad jurisdiccional; de ahí que en el juez que adopta la protección de un derecho no exista conciencia crítica del proceso de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

La Constitución Política determina en forma expresa el derecho que tiene todo ciudadano de formular acciones. De igual manera señala los diferentes mecanismos o acciones que se pueden interponer respecto a los actos que atenten contra sus reglas y principios, por ejemplo la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela. Aunque no es considerada como una acción, también podemos decir que la excepción de inconstitucionalidad es un derecho a la supremacía de la Constitución.

Es por esto que los jueces y autoridades administrativas cuando acuden a la excepción de inconstitucionalidad también ejercen una actividad cuyo destino es garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

De acuerdo con la Constitución, los jueces gozan de autonomía funcional y solo están sometidos al imperio de la ley. Esto significa que por regla general no es función de la Corte Constitucional establecer el sentido de las normas, por ser esta competencia de los jueces ordinarios. Por consiguiente, no sería razonable el control constitucio-

nal si la única intención es interpretar y establecer el alcance de una norma, pues la Corte no puede fijar, con argumentos puramente normativos, cuál es el alcance de esta.

Acerca del interrogante de si en ciertas oportunidades la Corte debe intervenir en controversias hermenéuticas sobre el alcance de las normas sometidas a control, se concluye que es una situación que no se puede evitar, ya que el juez constitucional deberá discernir y analizar el contenido y alcance de las leyes bajo un exhaustivo examen, para cotejarlas con la Carta Política. En este orden de ideas, el análisis necesita de una adecuada interpretación tanto de la Constitución como de las leyes:

Para armonizar el respeto a la autonomía funcional de los jueces con la necesidad de determinar el sentido de las disposiciones acusadas en los juicios constitucionales, la Corte ha formulado cierta regla:

Vemos, como se ha señalado, que el respeto a la autonomía de las interpretaciones legales tiene un límite en la propia razonabilidad de esas hermenéuticas, pues las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables, por lo que esta Corte ha señalado, de manera reiterada, que la autonomía que la Carta reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de su respectivo resultado (Sentencia C-206 de 2003).

Resulta evidente que la función del control constitucional está en definir si una determinada norma es compatible o no con los principios y preceptos adoptados en la Constitución. La importancia de los valores, principios y derechos fundamentales, que en un momento dado puedan resultar en tensión por el contenido normativo de un precepto legal, debe realizarse únicamente frente al ordenamiento jurídico constitucional.

A partir de la Constitución de 1991 se consagran mecanismos de protección de derechos funda-

mentales de carácter más expedito. Tal es el caso de la acción de tutela, creada con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe como agente oficioso, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad entidad.

De igual manera, la Carta Constitucional consagra en los artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y a la salud, respectivamente, asignándoles para su desarrollo y efectividad tres principios de alcance constitucional: eficiencia, universalidad y solidaridad.

Puede afirmarse que la tutela, consagrada como mecanismo de protección de derechos fundamentales, se ha convertido, en relación con el derecho a la salud, en un instrumento con una doble finalidad: por un lado, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuando como consecuencia de la no protección del derecho a la salud se afecte o lesione el derecho a la vida. Por otro lado, para superar los obstáculos de acceso al sistema de salud.

Tenemos entonces que a partir de la Constitución de 1991 se pretende que el control constitucional no esté exclusivamente en una alta Corte, sino que se establezca un sistema constitucional complejo conformado por todos los jueces del Estado. Ello garantiza la inclusión de elementos de pluralidad ideológica y filosófica en los actos interpretativos. En Colombia, todos los jueces son jueces constitucionales.

El control constitucional difuso implica que el juez posea la capacidad y tenga la aptitud hermenéutica de comprender el verdadero sentido de la Constitución, tanto en su condición de norma superior en el interior del sistema jurídico, como

en los componentes filosóficos, políticos, sociológicos e ideológicos que la componen.

Así, un juez perteneciente a una etnia indígena no puede poseer los mismos elementos hermenéuticos de interpretación de un juez que ha nacido y crecido en la capital. Ambos poseen los mismos elementos jurídicos, pero muy seguramente difieren en su consideración filosófica, política, sociológica e ideológica; por ende, el resultado en sus decisiones debe ser marcadamente diverso.

Desde esta consideración, el proceso hermenéutico establece una articulación con el caso concreto a partir de un criterio de analogía abierta, incorporando bajo un criterio sociológico las condiciones que, en un test de ponderación, implican la inaplicabilidad de la norma de inferior jerarquía.

Veamos el caso de la negación de un medicamento por parte de una EPS, bajo el argumento de que este no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Se determina como premisa fáctica si efectivamente el paciente sufre una enfermedad que esté afectando su derecho a la salud y si el medicamento fue ordenado por un médico de la red de prestación de servicios de la EPS. En principio, no existe un conflicto entre la exclusión y el derecho; sin embargo, cuando esta condición es valorada por el juez como lesiva o que ofrece amenaza al derecho fundamental a la vida, el derecho a la salud asume el rango de fundamental, por conexidad con el derecho a la vida o a la integridad personal. Por tanto, deberá considerarse si efectivamente la exclusión del medicamento del POS implica hermenéuticamente el desconocimiento del derecho fundamental y con ello de la norma superior.

Obviamente, el análisis no puede circunscribirse a una argumentación elaborada bajo un supuesto fáctico diverso, es decir, agotando la decisión en la citación de la jurisprudencia constitucional, sino que el juez debe ponderar la condición fáctica de

amenaza o vulneración del derecho con el precepto normativo de inferior jerarquía. Igualmente debe construir un argumento sobre el cual soporte la inaplicación de la norma excluyente, haciéndolo con plena conciencia de que está dando lugar a una excepción de inconstitucionalidad.

El proceso hermenéutico debe partir del propio preámbulo de la Carta Política. Bajo esta consideración, en los fines del Estado social de derecho, el individuo está por encima del propio ordenamiento. La filosofía que enmarca esta postura política implica que el juicio de valor al interpretar una norma siempre debe estar ubicado en la realización de los fines de la persona, más allá de la literalidad de la ley.

La decisión judicial, en los casos de normas excluyentes del POS que desconocen el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, debe soportar el análisis del concepto filosófico de Estado social de derecho no como un constructo esencialmente jurídico, sino como la fusión de elementos filosóficos, sociológicos y jurídicos.

Esta consideración hermenéutica permite que el juez en el control difuso, sin importar si la Corte Constitucional se ha pronunciado o no en sede de revisión de tutelas, adopte una decisión hermenéuticamente válida, bajo consideraciones contextuales precisas, atando elementos filosóficos de la concepción del Estado social de derecho con elementos sociológicos exclusivos de nuestro contexto y componente jurídico. Necesariamente, los referentes jurisprudenciales sirven como mecanismo hermenéutico auxiliar para depurar metodológicamente la decisión. Efectivamente, lo que debe resultar evidente es que el ciudadano que acude al sistema constitucional de protección está viendo amenazado o vulnerado su derecho a la salud.

Existen consideraciones que no poseen connotación hermenéutica, como es el caso de si el

medicamento fue ordenado por un médico de la red prestadora de servicios de la EPS, si el medicamento está autorizado por el INVIMA. Ello simplemente corresponde a presupuestos administrativos del propio sistema. Hermenéuticamente, lo relevante es que existe una norma vigente en el ordenamiento jurídico que excluye un medicamento, lo cual genera como consecuencia que un ciudadano, en un caso concreto, vea amenazado o vulnerado un derecho fundamental.

En el Estado social de derecho, la consideración filosófica corresponde a que los fines del Estado están priorizados por la satisfacción de los derechos del individuo, y la vida corresponde a un derecho fundamental desde su propia esencia.

El juez se encuentra en el dilema hermenéutico de aplicar una norma que vulnera derechos fundamentales de una determinada persona. Corresponde entonces entronizar el contenido iusfilosófico que pueda llevar a considerar si la norma es injusta pues desconoce derechos, o si debe aplicarse por cuanto es válida y se halla vigente en el ordenamiento jurídico.

Si en ese análisis el juez establece que de acuerdo con los fines del Estado social de derecho la norma excluyente es injusta por desconocer derechos fundamentales de una persona, debe necesariamente acudir a la excepción de inconstitucionalidad, estableciendo la inaplicación de esta a fin de dar primacía al derecho fundamental.

Si se analizan las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional, tenemos que corresponden al mismo constructo, pero en casos diferentes; por ello el análisis debe ser contextual.

En varias de las decisiones judiciales objeto de observación se encontró que la traslación automática de las reglas implicó decisiones que podrían poseer un contenido hermenéutico más preciso. Por ejemplo, en un caso donde a un menor se le

ordenó un tratamiento estético no reconstructivo, a efectos de minimizar los efectos deformantes dejados por un accidente en su rostro, el juez, al trasladar el ejercicio hermenéutico desde las reglas de la jurisprudencia constitucional, negó la inaplicación de la norma excluyente, sin otra consideración que el argumento de la Corte en un caso concreto en el que textualmente se expresaba que el campo de protección no incluía los tratamientos estéticos.

En este caso, la carencia de análisis hermenéutico por parte del juez implicó el desconocimiento del componente filosófico del preámbulo de la Carta Política, donde los derechos de la persona están por encima de cualquier consideración económica; igualmente ignoró el componente sociológico, según el cual en una sociedad como la nuestra existen grupos altamente vulnerables y sujetos a una especial protección del Estado, como son los niños y los ancianos.

Así, el juez aplicó la jurisprudencia constitucional como si se tratara de una nueva ley igualmente excluyente, dejando de lado el contexto preciso del caso, el cual, analizado con mayores elementos hermenéuticos, seguramente hubiera terminado en la inaplicación de la norma de inferior jerarquía que excluía el procedimiento.

De este trabajo surge una recomendación: la decisión judicial, cuando ejerce control de constitucionalidad difuso, debe necesariamente poseer un constructo hermenéutico, el cual parte de un componente filosófico-político, bajo la consideración de la naturaleza del Estado social de derecho. Tal constructo debe estar contextualizado a los elementos sociales particulares en los cuales se causa la amenaza o el daño, como también debe estar enmarcado en la decisión de excepcionar la aplicación de la ley excluyente, bajo la premisa de la primacía de la Constitución Política sobre normas injustas.

Nótese que el concepto de justicia o injusticia de la norma no nace de su validez, sino de la ponderación de esta con los fines mismos del Estado. Cuando el juez en su decisión adopte este o cualquier otro patrón hermenéutico, necesariamente estará dando a su decisión una connotación ideológica, pasando de ser un operativizador del sistema a un administrador de justicia.

## REFERENCIAS

Arana Iguarán, M. (s.f). *Constitución y seguridad social. Acción de tutela.*

Bernal Cano, N. (1999). *Evolución histórico-jurídica de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia y algunas reflexiones respecto a su actual aplicación* (tesis de grado). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Cano, N. (2002). *La excepción de incostitucionalidad y su aplicación en Colombia.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Capitel, A. (1966, enero-marzo). El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado. *Revista de la Facultad de Derecho en México*, 61.

Carrasco, E. (2003). *Diez años del Sistema de Seguridad Social Colombiano* (1ª. ed.). Bogotá.

Charry Urueña, J. M. (1994). *La excepción de inconstitucionalidad.* Bogotá: Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política - Ediciones Jurídicas Radar.

Colegio de Abogados del Trabajo (s.f.). *El derecho del trabajo y la seguridad social. Las etapas de la seguridad social en Colombia.*

Congreso de la República de Colombia, Ley 10 de 1990, "por la cual se reorganiza el sistema nacional de Salud".

Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 1993: Ley del Sistema General de Seguridad Social Colombia.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1122 de 2007, "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia".

Congreso de la República de Colombia, Ley 60 de 1993, "Por la cual se dictan normas orgánicas de distribución y competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política de Colombia".

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, artículo VI, inciso 2.

Constitución de Weimar, artículo 19.

Constitución Política de Colombia (1991).

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia C-112, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencias T-032, T-125 y T-762, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencias T-102, T-628, T-631, T-685, T-691 y T-701, Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencias T-223, T-468, T-489 y T-561, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencias T-260, T-283, T-286, T-304, T-328, T-329, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencias T-370, T-385, T-419, T-488, T-503 y T-505, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T-041, T-044, T-092, T-117, T-119, T-607 y T-983, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia T-663, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias SU-819 y T-975, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T - 124, 528 y 529 de 1999, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T-016, T-171 y T-230, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T-060, T-109, T-148, T-244, T-282, T-285, T-352, T-398, T-437 y T-591, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T-209, T-366, T-590, T-812, T-813, T-853, T-906 y T-936, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T-367, T-391, T-469, T-705, T-756, T-875, T-876, T-1003 y T-1018, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencias T-416 y T-417, magistrado ponente: Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-1384, magistrado ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-1693, magistrado ponente: Jairo Charry Rivas.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-398, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia T-622, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencias T-006, T-058, T-077, T-102, T-150, T-155, T-228, T-236, T-285, T-316, T-342, T-395, T-1151, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencias T-1169 y T-1663, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencias T-378, T-547, T-549, T-670, T-822, T-913, T-945, T-974, T-1078, T-1018, T-1027, T-1120, T-1174, T-1176, T-1255, T-1204, T-1390 y T-1524, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencias T-409, T-477, T-582, T-1002, T-1130, T-1476, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencias T-610 y T-1668, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencias T-1457, T-1568, T-1572, T-1615 y T-1678, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia T-114, magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia T-122, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-083, T-484, T-885 y T-1032, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-1120, T-1121, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-155 y T-239, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-297, T-298, T-517, T-1018, T-1056 y T-1138, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-416, T-849, T-850 y T-1305, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-597, T-1141, T-1207 y T-1245, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-186, T-571, T-588 y T-1324, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-284, T-419, T-627, T-844 y T-929, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-344, T-693, T-797, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencias T-449, T-523, T-755, T-946, T-1043 y T-1278, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia T-273, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-845, T-1044 y T-1063, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-015, T-094, T-116, T-197, T-237, T-447, T-509 y T-681, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-068, T-070, T-244, T-696, T-956 y T-1012, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-113, T-256, T-350, T-449, T-676, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-142, T-279, T-467, T-501, T-543, T-667, T-668 y T-854, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-194, T-586 y T-945, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-126, T-170, T-225 y T-755, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencias T-220, T-724, T-897 y T-1125, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia T-002, T-364, T-918 y T-919, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencias T-453 y T-911, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia T-599, T-600, T-641 y T-928, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (2004). *La protección constitucional del ciudadano* (1ª. ed.). Bogotá: Literatura Jurídica.
- Fernández Segado, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.
- Gacetas Constitucionales; Nos. 2f; No. 22; No. 34; No. 36; No. 52; No. 56; No. 70; No. 124; No. 109; No. 113; No. 142; No. 142; No. 143; No. ST.
- Gómez Serrano, L. (2001). *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Bucaramanga: UNAB.
- Gonzales Carrasco, E. (2008). *El Sistema de Protección Social Colombiano y el Sistema de Seguridad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao Hidrón, J. (2006). *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*. Bogotá: Temis.
- López Michelsen, A. (1966, 17 de octubre). Proyecto de acto legislativo mediante el cual se aclaran, complementan y reforman varias disposiciones de la Constitución Nacional. *Revista Contrapunto*, 5. Bogotá.
- Naranjo Mesa, V. (1987). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (2ª. ed.). Bogotá: Temis.
- Ortegón Cañón, L. (2003). *Evolución de los conceptos de seguridad social y Sistema de Seguridad Social en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo Piedrahíta, C. (1978). *Tres ideas constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Tobón, J. (1999). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia* (2ª. ed.). Bogotá: Ibáñez.
- Uribe Vargas, D. (1977). *Las Constituciones de Colombia* (tomo I). Madrid: Cultura Hispánica.
- Vidal Perdomo, J. (1996). *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas* (6ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.