

Los fallos de tutela y su alcance jurisprudencial en materia de salud

Sergio Esteban Moreno Rozo y July Alejandra Espinosa Espinosa  
Universidad La Gran Colombia



Notas del autor

Sergio Esteban Moreno Rozo y July Alejandra Espinosa Espinosa, Facultad de Postgrados,  
Especialización en Derecho Administrativo

Universidad La Gran Colombia

Este proyecto ha sido financiado por los propios alumnos

La correspondencia relacionada con este proyecto debe ser dirigida a Sandra Marcela Castañeda

Bogotá

2017

## TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	3
Palabras Claves.....	3
Abstract.....	4
Key Words.....	4
Justificación.....	5
Línea de Investigación.....	8
Capítulo I: Antecedentes de Investigación.....	9
1.1. Planteamiento del Problema.....	9
1.2. Hipótesis.....	12
1.3. Objetivos.....	13
1.3.1. Objetivo General.....	13
1.3.2. Objetivos Específicos.....	13
1.4. Metodología.....	14
Capítulo II: Acción de Tutela en Colombia.....	15
La Salud como derecho fundamental en Colombia.....	18
3. Capítulo III: Del Recurso de Amparo a la Acción de Tutela.....	20
3.1. El recurso de Amparo (España).....	20
3.2. Juicio de Amparo (México).....	22
3.3. Recurso de Protección (Chile).....	24
3.4. Acción de Amparo (Ecuador).....	25
3.5. Acción de Amparo (Argentina).....	27
3.6. Surgimiento de la acción de Tutela.....	28
3.7. Fundamentos legales de la Acción de Tutela.....	28
3.8. Características de la Acción de Tutela.....	30
3.9. Fallos de Tutela como precedente judicial.....	31
Capítulo IV: Límites de la prestación de servicio de salud en Colombia.....	34
4.1. Generalidades del Sistema de Salud en Colombia.....	34
4.2. Plan de Beneficios en Salud.....	36
Capítulo V: Acceso al tratamiento integral mediante fallos de tute.....	38

5.1. La imposibilidad de los jueces para decidir sobre la idoneidad de tratamientos y medicamentos de salud.....	40
5.2. Alcance del Tratamiento integral en Fallos de Tutela de 2017.....	45
Conclusión.....	51
Referencias.....	53

## RESUMEN

El presente trabajo desarrolla diferentes temáticos respecto de la evolución de la acción de tutela en Colombia a partir de su promulgación en 1991, entendida como un mecanismo a favor del ciudadano para la protección de derechos fundamentales consagrados en la misma.

Resaltando su incidencia en materia de salud, preceptuando su debida protección bajo las premisas de nuevas legislaciones, normatividad reglamentada y precedente judicial.

Se ha evidenciado multitudinarias personas solicitando el amparo al derecho a la salud mediante acción de tutela, por lo cual en la actualidad nos enfrentamos a una mal llamada “tutelitis”, como si la acción de tutela consagrada en nuestra carta magna hubiese convertido la tutela en un mecanismo subsidiario acceso al servicio de salud, ya que los jueces de la republica están llamados a garantizar los mismos, sin desconocer que en todos los casos se busca la supremacía constitucional a favor de tales derechos.

Aclarado lo anterior se evidencio casos en los cuales se han emitido fallos de tutela, ordenando un tratamiento integral desconociendo ciertos conceptos médicos con respecto a la dosificación e insumos requeridos para cierto tipo de patologías.

**Palabras Claves:** Acción de Tutela, Fallos Judiciales, Tratamiento integral, revisión, alcance judicial, Acción de cumplimiento, constitución, derechos fundamentales, Incongruencia, extrapetita, Tratamiento, P.O.S., salud.

## ABSTRACT

The present work develops different thematic aspects of the evolution of the guardianship action in Colombia from its promulgation in 1991, understood as a mechanism in favor of the citizen for the protection of the fundamental rights enshrined in the same.

Highlighting its impact on health, with due regard to its due protection under the premises of new legislation, regulated regulations and judicial precedent.

It has been evident that there are many people requesting protection of the right to health through guardianship, so that today we face a misnamed "tutelitis", as if the action of guardianship enshrined in our charter had converted the guardianship into a subsidiary mechanism access to the health service, since the judges of the republic are called to guarantee them, without ignoring that in all cases seeks constitutional supremacy in favor of such rights.

Clarifying the above, there were cases in which they have been issued failures of guardianship, ordering a comprehensive treatment without knowing certain medical concepts regarding the dosage and inputs required for certain types of pathologies.

**Key words:** Guardianship Action, Judicial Judgments, Comprehensive Treatment, review, judicial scope, Action of compliance, constitution, fundamental rights, Incongruity, extrapetite, Treatment, P.O.S., health

## JUSTIFICACIÓN.

La Constitución Política de Colombia de 1991 implementó la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de derechos fundamentales, debido a las características de sumariedad, informalidad y prevalencia; generando un amparo inmediato ante la violación de cualquier derecho fundamental. Por esto, en la actualidad se ha convertido en el mecanismo apropiado para garantizar cierta inmediatez ante el quebrantamiento de los derechos constitucionales considerados como fundamentales, como lo es, por su gran afectación, el derecho a la salud.

Mediante la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional se pronunció respecto al derecho a la salud, ratificándolo como un derecho fundamental, aduciendo que en todo derecho fundamental debe existir un consenso sobre su naturaleza fundamental, como ocurre con el derecho a la salud, aunque este sea plasmado en la carta política como un derecho social, en donde lleva implícita una dimensión prestacional. La Corte protege el derecho a la salud bajo tres argumentos, el primero, a través de la conexidad existente de este derecho con el derecho a la vida, a la dignidad humana y el derecho a la integridad personal; el segundo argumento, a través del análisis de su naturaleza como “fundamental”, en casos específicos donde el accionante o tutelante adquiere especial protección como sujeto especial, y el tercer argumento, en el análisis de la fundamentalidad del derecho a la salud, teniendo en cuenta postulados creados a partir de principios legales y el paradigma social actual.

Así, la acción de tutela se configura como existente legítimo en todos los temas concernientes a la salud, debido a los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, afianzándose como referentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que de cierta manera logre determinar y construir el ordenamiento jurídico colombiano, partiendo de la premisa que el derecho a la Salud se establece como un derecho fundamental autónomo a partir de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, convirtiéndose en una realidad legal tangible, que actúa como producto de una necesidad social, reflejo de los inconvenientes de carácter administrativo, político, económico y social del país, frente a la existencia de cientos de pronunciamientos judiciales del Sumo Tribunal Constitucional en busca del avance normativo en aras del bienestar social.

Ante esta situación, se puede observar que cada juez constitucional, tiene una grande responsabilidad al determinar el uso adecuado de la acción de tutela, y la afectación de la misma en relación a la salud de cada persona afectada, generando así, en muchos casos, fallos ultra y extra petita que afectan al Sistema de Seguridad Social en salud, por la concesión de servicios médicos que no pueden ser materializados debido a sustentos fácticos que no se tienen en cuenta por los jueces constitucionales, provocando que las personas tuteladas adquieran beneficios, que no hacen parte de las obligaciones de las entidades e instituciones prestadoras de servicios de salud.

En este sentido, se hace necesario estudiar el alcance y trascendencia de los pronunciamientos de los jueces constitucionales respecto a las acciones de tutelas en materia de salud, para establecer si se ajustan a los lineamientos y principios legales encaminados a proteger los derechos fundamentales de las personas afectadas, sin ir más allá de la realidad y de las necesidades puntuales que precisan los tutelantes, para evitar el desgaste judicial por cada acción de tutela que llega día tras día a un juzgado del país.

Del mismo modo, es importante esclarecer la relación existente entre la interpretación y aplicación de la acción de tutela de los jueces constitucionales, frente al objeto principal que motivo al constituyente para la creación de este mecanismo como elemento subsidiario, para establecer si las sentencias existentes sobre controversias en materia salud, se ajustan al ordenamiento jurídico actual y si tienen una efectividad real en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, se hace necesario buscar la relación entre la decisión judicial respecto a tutelas en materia de salud, con la jurisprudencia vigente, para generar respuestas frente al proceso exegético que realizan los jueces constitucionales al aplicar todas las leyes a una realidad como la que enfrenta en estos momentos el país.

Frente a la presente temática, cabe resaltar lo significativo de realizar el estudio del nuevo Plan de Beneficios, aprobado mediante la Resolución 6408 de 2016, donde se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, generando cambios en el Sistema de Salud, que son inherentes a la protección de Derechos fundamentales, específicamente relacionados con el ámbito de salud, que son resguardados mediante la acción de tutela, y en donde mayoritariamente

son accionadas las Entidades Promotoras de Salud (EPS), por lo que es necesario identificar el alcance de los fallos de tutela, frente al cubrimiento y protección que ofrece el Sistema de Salud, establecido por la Ley 100 de 1993, y el desprendimiento o implicaciones puntuales en las garantías otorgadas a la población colombiana, al observar una evidente afectación económica para las EPS, y las repercusiones que esto puede traer a todos los afiliados del Sistema de Salud, en virtud de la no delimitación legal en lo que respecta a los fallos integrales, en donde a las personas afectadas se les otorgan garantías, brindando procedimientos, medicamentos o insumos, que netamente no son servicios pertenecientes al ámbito de salud, sino que están ligeramente relacionados con el mismo.

Acorde a lo mencionado anteriormente, se aduce lo significativo de la jurisprudencia existente en materia de tutelas en salud, y la aplicación de la misma en los fallos judiciales, para garantizar el estudio adecuado de cada caso en particular y respetar las manifestaciones de la Corte Constitucional en determinados casos, por lo que mediante el presente documento, se plantearán argumentos que logren dilucidar el sentido y resultado de la acción de tutela para resolver conflictos relacionados con el acceso a servicios de salud, y de esta manera identificar alternativas para la lograr una efectividad en los fallos de tutela, para que se ajusten todos los postulados normativos, legales y jurisprudenciales a la realidad actual colombiana.



## LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se encuentra acorde a la Línea de Investigación propuesta por la Universidad La Gran Colombia denominada.

- Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad. Clasificado en Categoría C. Colciencias – Convocatoria 737 de 2015

## **LOS FALLOS DE TUTELA Y SUS ALCANCES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SALUD**

### **CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En el ordenamiento jurídico colombiano, la acción de tutela es el principal mecanismo de protección de los derechos fundamentales, siendo la garantía que ofrece la Constitución Política de Colombia de 1991 para la protección judicial inmediata de los mismos, ya que así se consigna en el Artículo 86,

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (Const. Colombia, Art.86, 1991)

Mediante la implementación del mecanismo de acción de tutela luego de la constitución de 1991, se empezó la búsqueda hacia el reconocimiento de intervenciones de la administración a efectos que se presten servicios correspondientes en materia de salud y otros derechos fundamentales, debido a la prevalencia de la protección de derechos fundamentales frente a la demás normatividad, logrando así, que se le asigne un carácter preferente frente al resto de ordenamiento.

La acción de tutela se refiere a los derechos fundamentales de las personas; es decir, todos aquellos que son inherentes al individuo y que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca o no. Según la Corte Constitucional (Sentencia T-451 de julio 10 de 1992), el que un derecho sea fundamental no se puede determinar sino en cada caso en concreto, según la relación que dicho caso

tenga con uno u otro derecho fundamental; es decir, la Constitución no determina de una manera clara cuáles son los derechos fundamentales, de tal manera que como tales no se puede considerar únicamente a los que la Constitución de 1991 enuncia en el Capítulo I del Título II. (Banco de la República, 2015)

Es por esto, que la acción de tutela se ha convertido en un mecanismo “popular” para que los colombianos encuentren solución a las controversias generadas en materia de salud, por el carácter preferente y sumario de la misma, obligando a los jueces constitucionales, a fallar en su gran mayoría a favor de los afectados, so pena de incurrir en dilaciones que perturben los derechos fundamentales, en el tema de salud.

Bajo dichas premisas la acción de tutela se ha consolidado a través del tiempo como una herramienta ciudadana en la protección de los derechos humanos y surgimiento de un Estado Social de derecho dirigido a la oportuna protección de los derechos fundamentales.

Por consiguiente, tanto la transigencia del juicio de la acción de tutela ante particulares, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona, ya que la Alta Corporación indica que los principios de vida, integridad y dignidad deben ser imperativos.

Lo anterior genera en la población colombiana una necesidad de acudir al mecanismo de tutela, de manera masiva, como lo afirma Yeimy Edith Torres Ruda en su artículo jurídico denominado: La acción de tutela en Colombia: Un estudio sobre sus transformaciones jurídicas.

(...) Eso indudablemente ha generado como lo menciona Alvis (2008) el concepto de la llamada “tutelitis”, lo cual, no se puede decir que es culpa de los ciudadanos que se quejan por cualquier cosa, y que inundan los juzgados con muchos procesos, sino que es una brecha que ha abierto el mismo poder judicial, por sus diferentes interpretaciones de la norma, lo que evidencia unos fuertes vacíos, en tanto que algunos jueces pueden aceptar un recurso por la violación de algún derecho, así como otros no, lo que indica una falta de equidad y respeto por las necesidades que reclaman las personas. (Torres Ruda, 2015)

A través de los años, cada juez constitucional ha venido fallando a favor de las personas afectadas por alguna institución o empresa prestadora de servicios de salud, acudiendo a una integralidad en el pronunciamiento para evitar afectaciones futuras, pero a su vez teniendo extralimitaciones, que dificultan el cumplimiento eficaz por parte de las Entidades Promotoras de Servicios de salud (E.P.S.), fallando ultra y extra petita, afectando de manera económica a estas entidades, por lo cual surge el interrogante:

¿Cuál es el alcance jurisprudencial del tratamiento integral ordenado a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en los fallos de tutela respecto de la prestación de servicios de salud en Colombia (2017)?

## **1.2. HIPÓTESIS**

La acción de tutela, como mecanismo preferente y residual, es uno de los más utilizados actualmente para que las personas hagan valer y materializar los derechos fundamentales vulnerados, cuya protección constitucional, permite que el pronunciamiento de cada uno de los jueces constitucionales, genere efectos de aplicación inmediata, permitiendo que sea el mecanismo “popular” para resolver conflictos en relación con la vulneración del derecho fundamental a la salud, debido a su inmediatez, ocasionando una implicación y afectación directa al Sistema de Seguridad Social en salud, en especial en lo que concierne a las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.), ya que dentro del Sistema de salud colombiano, estas entidades tienen la mayor carga de responsabilidad, debido al gran número de afiliados en el régimen contributivo y subsidiado.

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

Establecer si la acción de tutela es el mecanismo propicio para asegurar el cumplimiento de las normas materiales en materia de salud y su aplicación implícita, con el fin de identificar las consecuencias para el Sistema de Seguridad Social colombiano, puntualmente en las ordenes constitucionales encaminadas al amparo concerniente al tratamiento integral en aras de la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos.

#### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Estudiar los fallos de tutela en materia de salud, donde se ordene tratamiento integral y su idoneidad en cuanto al derecho vulnerado.
- Determinar la finalidad del tratamiento integral con base a la jurisprudencia colombiana y su relación en la aplicación del mismo en el ámbito de la realidad social colombiana.
- Desarrollar el argumento jurídico-legal de la finalidad de la integralidad de la acción de tutela, cuando se vulnera el derecho fundamental a la salud.

#### **1.4. METODOLOGÍA.**

La metodología aplicable en el presente trabajo es descriptiva, teniendo en cuenta que la preocupación primordial y objeto del estudio radica en describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura o comportamiento, y así, de esta forma se pueden obtener las notas que caracterizan a la realidad estudiada, en lo que respecta al alcance del tratamiento integral ordenado en los fallos de tutela en materia de salud en Colombia.

## **CAPÍTULO II: ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA**

La acción de tutela en Colombia surge con la Constitución de 1991 con el objeto de la protección inmediata de los derechos fundamentales, consagrados en la misma, como un mecanismo legal de reacción para el amparo constitucional ante las posibles acciones u omisiones de las autoridades o de los particulares que los vulneren o amenacen, estableciendo este mecanismo regulada en el artículo 86, brindando a su vez un carácter subsidiario frente a las acciones ordinarias, instituyendo este mecanismo como principal y como el medio más efectivo de protección de los derechos fundamentales, ya que la misma Carta ordena que el procedimiento de esta acción sea preferente y sumario, procedimiento que se recoge en el Decreto 2591 de 1991, regulador de la acción de tutela.

Desde una perspectiva positivista, y teniendo en cuenta el enfoque Chinchilla Herrera (1999), los derechos fundamentales han adquirido un carácter más real y tangible, pasando por un proceso de positivización en los ordenamientos jurídicos de los Estados a través de la historia, pasando de la perspectiva que nace desde la revolución francesa del siglo XVIII, protegiendo los derechos del hombre y del ciudadano en su origen mismo, hasta la perspectiva que nace en Colombia después de la emancipación del siglo XIX, a través de la Constitución Política de 1991, en donde surgen una serie de garantías a través de la designación de los derechos denominados como “fundamentales”, donde se les otorga tanto una nominación clara, así como instrumentos y herramientas eficaces para su amparo.

Cuando la Constitución de 1991 crea la Corte Constitucional en Colombia, nace el concepto de acción de tutela, definiendo esta acción como un mecanismo complementario, concreto e inmediato, cuyo objeto es el amparo determinado y la protección contigua de los derechos constitucionales fundamentales, señalando un gran logro en la historia jurisprudencial colombiana, presentando una innovación en el desarrollo interpretativo de los derechos fundamentales, implantando nuevas concepciones y declarando que la voluntad del constituyente fue la de establecer un efecto indicativo y una titulación de los derechos fundamentales en las normas constitucionales, que si en una determinada situación jurídica, son violados o se presenta alguna amenaza de su violación, puedan estos ser protegidos sin que sea necesario proyectar en estos espacios, una discusión jurídica sobre el derecho mismo, definiendo así la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano como una acción judicial subsidiaria, residual y



autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares. (Botero Marino, 2006)

En palabras del profesor Néstor Raúl Correa (2001): “La acción de tutela es una acción judicial autónoma, de origen constitucional, para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales en los casos en los que no exista otro remedio judicial” (p.32). Esta definición permite evidenciar la inmediatez de este mecanismo y como esto, a través de lo establecido en el decreto 2591 de 1991, hace que la acción de tutela pueda ser interpuesta directamente por la persona afectada, o por un agente oficioso, en el caso en el que la persona afectada no se encuentre en condiciones de promover este mecanismo para la defensa de sus derechos; introduciendo el uso de este mecanismo constitucional en la práctica real de cualquier persona que lo interponga, “no solo como un recurso jurídico sino como un instrumento que ha venido a modificar sensiblemente el comportamiento típicamente legalista en la solución de los conflictos para buscar, por la vía de lo justo, de una jurisprudencia de valores, la respuesta equitativa a la demanda ciudadana de protección de derechos”. (Álvarez Rojas y Monroy Torres, 1993, p. 21)

La acción de tutela se convierte así, en un mecanismo diseñado y estructurado para que todas las personas puedan realizar una manifestación jurídica ante la violación de alguno de sus derechos, en busca de una protección inmediata, cuyo contenido al realizar la solicitud de tutela es el mínimo necesario para que el juez constitucional pueda establecer con claridad la identidad de las personas y autoridades involucradas, al igual que los hechos relevantes, que le permitan evidenciar la violación o amenaza de los derechos fundamentales, dejando a un lado las formalidades en la interposición de este mecanismo, haciéndola más accesible a todas las personas, en búsqueda de la finalidad del Estado Social de Derecho, planteado en la Constitución Política de 1991, con un alcance, en el cual no se afecta el restante ordenamiento jurídico colombiano, sino que a cambio busca la subsidiaridad ante determinadas situaciones. El Honorable Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo concibe el alcance de este mecanismo así: “la acción de tutela no puede concebirse ni utilizarse como medio judicial que sustituya los mecanismos previstos en la Constitución y en las leyes de la República, ni como proceso alternativo que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales,

también establecidos para administrar justicia y para hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Política” (Corte Constitucional, 1992).

El procedimiento de la acción de tutela se caracteriza por ilustrar a ésta un carácter preferente y sumario, como lo ordena la propia Constitución, regulado por el Decreto 2591 de 1991, en otorga características esenciales a este mecanismo, el cual se rige por la informalidad, ya que su procedimiento es especial y expedito, porque toda persona puede reclamarlo ante los jueces, en todo tiempo y en todo lugar, por un procedimiento preferente y sumario, porque todos los jueces son competentes para conocer de esta. (Olano García, 2002)

La acción de tutela puede utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pese a que teóricamente exista un medio de defensa alternativo, característica ratificada por Corte Constitucional, entendiéndose por perjuicio irremediable, el peligro que es inminente, que amenaza o está por suceder prontamente, que a su vez es urgente de resolver, en donde exige una respuesta proporcionada a la prontitud, y que necesita de “respuesta adecuada, oportuna y eficaz para restablecer el derecho, que es amenazado o violado, por ende, cuando la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, se impone al demandante la carga procesal de instaurar la acción judicial ordinaria respectiva, dentro de los cuatro meses siguientes al fallo que la resuelva, por tanto, si la solicitud de protección prospera, el juez de tutela deberá señalar de manera expresa que su orden permanecerá vigente “sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”. (Cifuentes Muñoz, 1997, p. 171)

Así mismo, la Constitución de 1991, designó una posible revisión por parte del órgano vigilante superior de la Carta Magna, la Honorable Corte Constitucional, con el fin de unificar el desarrollo jurisprudencial temático en materia constitucional y cumplir, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica, protegiendo a su vez, derechos constitucionales fundamentales por medio de una acción judicial residual, como lo es la acción de tutela, haciendo improcedente la existencia de un mecanismo que pueda ser utilizado para los mismos fines y que guarde similares características de sumariedad e informalidad. Por esto, la tutela no es un recurso o instancia adicional, ni mucho menos es un medio alternativo de defensa judicial del derecho conculcado, pero tampoco sustituye las acciones o recursos judiciales ordinarios, ya que si bien tiene un carácter subsidiario, la doctrina de la Corte precisa que el examen de la procedencia de la

acción de tutela no puede hacerse en abstracto, por lo cual se hace necesario que el juez constitucional trámite la solicitud de tutela, brindándole prelación sobre cualquier otro asunto, salvo el caso del hábeas corpus, ya que el juez puede decretar y practicar las pruebas que considere conducente, aclarando que también podrá dictar el fallo de tutela, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas en el mismo escrito, según sea el caso. (Abramovich, *et al.* 2009)

## **LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA**

Un aspecto principal en el presente proyecto de investigación es la salud a la luz de la Constitución política de Colombia como derecho fundamental mediante el Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano.

En este sentido se puede referir a los períodos importantes en la cimentación de la seguridad social en Colombia, como un primer acercamiento a la implementación del modelo alemán de seguridad social. Mediante la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, cuyo funcionamiento solo se encontraba entre los trabajadores, los empleadores y el Estado como máxime, así dejando desprotegida a la familia del mismo.

Ante la notable desprotección conllevó a la promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991, especificando ser un Estado social de derecho y así lograr una garantía a la Seguridad social, a la salud de los trabajadores colombianos, a sus familias y demás, siendo equitativa y solidaria.

Los derechos a la seguridad social y la salud se dividen de una concepción universal y expansiva en la medida que incluye un gran número de servicios y asistencias por lo que se reconocen al ser humano por la sola existencia dentro del compuesto social que se encuentra a cargo del Estado, la sociedad y la familia, es así como se evidencia en Colombia un doble carácter al sistema de salud y la seguridad social según lo estipulado en los artículo 48 y 49 de la Carta magna Colombiana.

Por una parte son servicios públicos vigilados y garantizados por el Estado por cuanto es a éste a quien le corresponde el efectivo cumplimiento de obligaciones de ejecución, y exigen de su parte el análisis, vigilancia, ejecución e implementación de políticas públicas que le permitan garantizar a las personas su goce real de su derecho fundamental, y por otra parte sin lugar a

dudas son derechos irrenunciables por ser derechos inherentes a la persona ciudadana colombiana.

Aclarado lo anterior el Sistema General de Seguridad Social en Salud siendo el conjunto de instituciones y procedimientos a través del cual el Estado advierte garantizar la prestación de servicios de salud a los ciudadanos colombianos conforme a los lineamientos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones contenidas en la Ley 1122 de 2007.

Mediante estos lineamientos reglamentarios, la Ley 100 del año 1993 planteó una figura para la población, que siendo parte de una población pobre y vulnerable no pudiese ser afiliada al régimen subsidiado, y que se denominó vinculada, y en el mismo sentido, la reforma retira en forma tácita a la pretensión de protección universal en salud, delimitándola a las poblaciones con capacidad de pago.

Finalmente, anudado a lo anterior referente a las coberturas poblacionales las E.P.S. y las I.P.S., tanto del régimen contributivo como del subsidiado han negado servicios, y esto dio como resultado que para lograr una garantía de su derecho a la salud muchos ciudadanos colombianos optaran por el camino constitucional así los grandes números de interposición de acciones de tutela, generando congestión judicial.

### **CAPÍTULO III: DEL RECURSO DE AMPARO A LA ACCIÓN DE TUTELA**

De acuerdo con la finalidad del trabajo y sus objetivos jurídicos es necesario contar con una breve comparación respecto de la evolución histórica que han contado los diferentes países donde la acción de tutela ha sido implementada en aras de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta que España y México han sido pioneros en las regulaciones encaminadas a una protección integral de los derechos fundamentales, se han seleccionado diferentes países ubicados en Europa, Centroamérica y Latinoamérica con el fin de proporcionar un amplio contexto sobre el desarrollo y funcionamiento hasta la actualidad respecto de la acción de tutela, recurso de amparo o mandato de seguridad según sea el caso.

Cabe resaltar que bajo esta investigación no se aspira realizar un estudio teórico o concluir soluciones para la reglamentación específica de ninguno de los cinco países inicialmente seleccionados.

La razón principal por la cual se han seleccionado los siguientes países reposa en el desarrollo que los mismos han tenido frente a la protección de derechos fundamentales y su evolución, con el fin de estudiar sus constituciones que incluyen derechos y principios rectores como en la Constitución Colombiana, así las cosas veremos cómo se establece en los ordenamientos jurídicos la acción de amparo o lo que para nosotros recibe el nombre de acción de tutela.

#### **3.1. EL RECURSO DE AMPARO (ESPAÑA)**

El recurso de amparo surge a través de la constitución de 1978, como una herramienta primordial para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos españoles, los cuales son inherentes a la dignidad de las personas y las libertades reconocidas en los artículos 14 a 29 de la constitución española.

Para ejercer el recurso de amparo es necesario que se reflejen circunstancias tales como que exista una trasgresión y esta sea atribuible a los poderes públicos, que dicha trasgresión provenga de una disposición encaminada a vía de hecho y que sea vean vulnerados los derechos y

libertades consagrados en la constitución adicionando todo lo relativo a la objeción de conciencia también citado en la constitución española. (España, 2016)

La Constitución Española se ocupa del derecho a la salud en el artículo 43 por tanto no se encuentra estipulado como derecho fundamental como quiera que a pesar de encontrarse en la Constitución Española este derecho es denominado de los principios rectores de la política social y económica, y se regulan por la Ley 14/1986 General de Sanidad.

El alcance de los derechos denominados principios rectores regulados en la Constitución se encuentra en el capítulo 3 titulado de las garantías de las libertades y derechos fundamentales en el artículo 43, según lo explica Manuel Jiménez de Praga y Cabrera de la siguiente manera “Pues bien, el art. 43.3 no resuelve todas las cuestiones ligadas al valor jurídico de los principios rectores, entre los que como hemos visto sitúa nuestra Constitución el derecho a la protección de la salud” (Cabrera, pág. 13).

Dado que el derecho a la salud, no es objeto de amparo constitucional, no existen múltiples sentencias o doctrina constitucional al respecto, sin embargo, existen varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde realiza la revisión sobre la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley (control abstracto), por ejemplo, para estudiar las leyes que afecten al derecho a la salud que de alguna manera inciden en la materia de salud aun cuando su naturaleza es debida al resultado de recursos fundamentados en otros derechos que sí son reconocidos como susceptibles de amparo.

Para ello es imprescindible que el derecho a la salud sea solicitado mediante el derecho a la integridad física y moral como principios rectores por cuanto han de confirmarse afectaciones importantes siendo estas un riesgo o peligro grave.

Finalmente, si no se excluyera del artículo 43.1 del recurso de amparo lo correcto sería proteger estas situaciones por la vía del derecho a la salud como derecho fundamental y no por la vía del derecho a la vida e integridad como principios rectores.

### 3.2. JUICIO DE AMPARO (MÉXICO)

A pesar de las reformas que ha sufrido la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, Martha Chávez Padrón asegura que “Algunos autores ubican los antecedentes del Amparo en la época primitiva, Egipto, Babilonia y las primeras culturas, que aparecieron basadas en un sistema de jerarquías, mientras que el extremo opuesto sostiene que el recurso de amparo proviene de la constitución vigente de 1917” (Padron, 1990).

El juicio de amparo se encuentra reglamentado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 103 y 107 y su correspondiente ley reglamentaria y la base del juicio de amparo se fundamenta en la presunta violación de los derechos de garantía consagradas en la Constitución en los primeros 29 artículos, siendo estos vulnerados por una autoridad ya sea estatal o federal.

Puede ser promovido por cualquier particular quien suponga que sus derechos fundamentales y garantías constitucionales han sido vulnerados bien sea por normas constituidas por vía de hecho o de particulares descritos en la ley, por lo anterior se considera que el juicio de amparo permite una vigilancia y control estricta de la constitucionalidad de actos cometidos por autoridades o particulares en determinadas situaciones.

En cuanto a la protección en salud en México se comprende por dos sectores público donde se encuentra las instituciones de seguridad social y un sector privado que cuenta con las compañías aseguradoras, hospitales y privados y servicios de medicina alternativa.

En la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha acogido varias acciones sobre el derecho a la salud dando origen a un proceso de tratamiento jurídico de derechos sociales, para su mayor entendimiento y aplicación se ha dividido en dos juicios denominados juicio de amparo directo y juicio de amparo indirecto ambos con resguardo constitucional.

En materia de salud son derechos de exigibilidad directa los derechos sociales que funcionan como derechos subjetivos y de exigibilidad indirecta los derechos sociales ejecutan los efectos de reclamo judicial.

Existen criterios de los jueces tales como que el juicio de amparo en materia de salud debe ser negado en consecuencia del artículo 4 Constitucional ya que establece que el derecho a de protección a la salud no es transgredido por las autoridades sanitaras, sin embargo la Suprema Corte (Quien es la máxima autoridad en la rama legislativa de México) ha señalado que las pretensiones en materia de salud encaminadas a obtener un tratamiento integral, y obtención de insumos se encuentra respaldada por la Ley General de Salud en su artículo 27 que reza así:

ARTÍCULO 27. Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes así:

- I. La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente
- II. La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes
- III. La atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias
- IV. La atención materno-infantil
- V. La planificación familiar
- VI. La salud mental
- VII. La prevención y el control de las enfermedades bucodentales
- VIII. La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud
- IX. La promoción del mejoramiento de la nutrición.
- X. La asistencia social a los grupos más vulnerables y, de éstos, de manera especial, a los pertenecientes a las comunidades indígenas. (Salud, pág. art. 27).

Por lo anterior se deduce que en un caso particular que los ciudadanos exijan medicamentos y que esos medicamentos sean esenciales para preservar la salud, el juicio de amparo se puede interpretar bajo una protección constitucional y legal.

El derecho a la salud no cuenta con exposiciones totalmente idénticas cuando su quebrantamiento se acusa por los ciudadanos mexicanos mediante el recurso de amparo y cuando se reclama por otras vías como la acción de inconstitucionalidad.



Según el amparo en revisión 315-2010 por Jorge Francisco Balderas:

Para determinar qué tipo de pretensiones pueden estudiarse en vía de amparo hay que constatar no sólo que se invoque la violación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas, sino también que la invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía. (Amparo en revisión , 2011)

Se determina así, que el juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad de actos y normas con efectos inter-partes sin embargo, ello no permite descartar que, en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto.

### **3.3. RECURSO DE PROTECCIÓN (CHILE)**

El recurso de protección nace con el Acta Numero 3 sobre derechos y deberes constitucionales y más adelante se consolida en la Constitución de 1980, reconocido como una acción a ser la facultad de los ciudadanos para ejecutar la función jurisdiccional en ocasión a exigir la declaración o el reconocimiento de un derecho y se tramita de la siguiente manera.

Siendo una acción más eficaz a la hora de preservar y hacer exigibles los derechos fundamentales, los ciudadanos afectados por presuntas acciones u omisiones por parte de las autoridades formula ante la Corte de Apelaciones (Son tribunales ordinarios y colegiados perteneciente a la rama judicial de Chile y ejercerse sus facultades jurisdiccionales dentro del territorio de la Republica) dentro de los quince días corridos desde la ocurrencia de hecho, el recurso de protección especificando la razón que le asiste en consecuencia al derecho que considera ha sido vulnerado, el Tribunal con el fin de salvaguardar el derecho y la gravedad de la situación procede de manera oficiosa con la indagación y decretar las diligencias necesarias para recolectar los antecedentes y elementos del juicio sobre los cuales posteriormente en un plazo de cinco días se pronunciara, sin embargo este último plazo se reduce a dictar sentencia en dos días cuando el recurso verse en concordancia a derechos que impliquen el derecho a la vida e integridad física o psíquica.

Cabe resaltar que el fallo consecuente de la acción de protección produce el efecto formal de cosa juzgada, así pues impidiendo que se proyecte nuevas acciones de protección.

En materia de salud en la Constitución de 1980 señala el derecho a la protección en salud estipulando deberes por parte del estado, teniendo en cuenta que es un derecho de carácter social de la siguiente manera:

Artículo 19. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado (Constitución de Chile, 1980).

Teniendo en cuenta que derecho a la protección de la salud no es recurrente a través del recurso de protección, concurren múltiples casos en los que se interpone recursos de protección motivándolos bajo el entendido del derecho a la salud, el cual si tiene protección vía judicial.

### **3.4. ACCIÓN DE AMPARO (ECUADOR)**

La acción de amparo fue implementada de manera constitucional en el año 1967 y se encuentra estipulada en el artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador en el 2008:

Artículo 95. Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole

o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional. La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho (Const.art.95, 2008).

Mediante la acción de amparo se protegen derechos y se tramita de manera preferente y sumaria con el fin de suprimir o restituir de manera inmediata las consecuencias de un acto u omisión por parte de la autoridad estatal según lo afirma el Doctor Galo Blacio Aguirre, esto significa que:

El legislador constitucional prevé la posibilidad cierta, diaria y continua de un acto ilegítimo de la autoridad, no solamente que haya lesionado sino que se encuentre en inminente posibilidad de lesionar los derechos, es decir que la consideración

del legislador se proyecta mucho más allá de la consumación de un acto sancionable y prevé una solución eficaz cuando determinadas circunstancias e indicios hacen posible el cometimiento de un acto ilegítimo que es precisamente lo que constituye la inminencia del acto (Aguirre, 2008, pág. 10).

Por lo anterior, la puede interponer cualquier particular sin protección de un abogado y dentro de las 24 horas inmediatamente siguientes los jueces convocaran a una audiencia y en cualquier momento del proceso se realiza la práctica de pruebas, después de proyectado el fallo en cuestión la respectiva apelación se realiza ante la Corte Provincial de Justicia (Está constituido por todos los Tribunales de la Republica y pertenece a la rama judicial).

### **3.5. ACCIÓN DE AMPARO (ARGENTINA)**

La acción de amparo tuvo su origen constitucional estipulado en la Constitución Nacional en el artículo 43 de la siguiente manera:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (Constitución, 1994)

Así las cosas, toda persona podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o, en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

El funcionamiento principal del amparo es su rapidez, ya que se trata de un proceso comprimido, a efectos de brindar una sentencia judicial inmediata ante la contravención de derechos constitucionales, legales o emergentes, por tanto, se deduce que la acción de amparo tiene como principal característica el proteger todos los derechos constitucionales implícitos o explícitos como lo son la salud y la vida.

### **3.6. SURGIMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA**

Teniendo en cuenta que es a partir de la Constitución de 1991 que se consagran en Colombia diversos mecanismos de protección en lo concerniente a derechos fundamentales, como por ejemplo la acción de tutela, la cual es objeto de estudio en el presente trabajo, por cuanto fue estipulada en la Constitución con el fin que mediante ella se pueda solicitar protección respecto de derechos fundamentales que se encuentran presuntamente vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad del Estado, mediante un procedimiento preferente y sumario, el cual puede ser solicitado en nombre propio o por quien actué en su nombre.

A partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, se otorga al ciudadano colombiano de dos derechos de gran importancia tales como el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud estipulando que para ellos opera como principios la universalidad, la solidaridad y demás estos derechos fueron elevados a una categoría de servicio público de carácter obligatorio.

### **3.7. FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA**

Acorde a las directrices del constitucionalismo y teniendo en cuenta que la acción de tutela es subsidiaria, residual y autónoma es preciso mencionar que para su efectivo cumplimiento se asignó a los jueces de la República a excepción de los jueces penales militares y jurisdicción especial la competencia a fin de conocer las acciones de tutela y pronunciarse sobre ellas, Así mismo se asignó a la Corte Constitucional la competencia para que los fallos de tutela se unifiquen y efectúe un control de revisión sobre ellos en pro de certificar la seguridad jurídica además de otros principios.

A fin de cumplir a cabalidad con lo descrito anteriormente la Constitución en su artículo 86 nos menciona:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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

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

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

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. (Constitucion Política de Colombia, 1991)

En este sentido el Estado como garante se compromete a brindar un procedimiento preferente y sumario, consistente en ordenar respecto de quien se solicite dicho amparo constitucional en el caso que se compruebe la vulneración, que actúe o se abstenga mediante un fallo que será de obligatorio cumplimiento.

Adicionalmente, es preciso decir que la acción de tutela fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, por el cual además de ratificar lo que menciona el artículo 86 de la Constitución Política, señala que también procede dicha acción en los estados de excepción.

En el Decreto 2591 de 1991 se encuentran estipuladas 5 causales improcedentes respecto de la solicitud de amparo constitucional mediante la acción de tutela, siendo estas:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales a excepción que sea como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable.
2. Cuando proceda Habeas Corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos tales como la paz.
4. Cuando sea evidente que la vulneración del derecho origino un daño consumado.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto. (Decreto 2591 , 1991)

Para lo anterior es importante tener en cuenta que mediante sentencia C-531 de 1993 la Corte Constitucional declaró inconstitucional la definición de un perjuicio irremediable solo permitiría reparación mediante indemnización.

### **3.8. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Teniendo en cuenta lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991 en el artículo 2 y posteriormente declarado exequible mediante sentencia C-018 de 1993 señala:

La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión. (Decreto 2591, 1991)

Si bien existen derechos que no ostentan la calidad de derechos fundamentales pueden ser protegidos y exigidos mediante acción de tutela no obstante es imprescindible que para el caso en concreto dichos derechos conlleven simultáneamente una vulneración a un derecho fundamental.

Lo anteriormente descrito se encuentra definido como derechos por conexidad y para su efectivo cumplimiento requiere que la persona presuntamente afectada realice un informe exhaustivo y detallado de los hechos y allegar las pruebas pertinentes al mismo.

Finalmente a manera un tanto ejemplariza Catalina Marino lo explica así:

Mediante la utilización de la conexidad, la Corte Constitucional ha ejercido su función de garantizar la supremacía constitucional (Art. 4 C.P.) y la efectividad de los derechos fundamentales (Art. 2 C.P.). En efecto, a través de esta doctrina, la Corte ha protegido especialmente el contenido básico de algunos derechos sociales como medio para lograr la igualdad sustancial o “real y efectiva”, en términos del texto constitucional (Art. 13 C.P.), y para asegurar la efectividad de otros derechos fundamentales como las libertades civiles y políticas (Marino, 2005).

Para el estudio de las acciones de tutela, la Corte Constitucional ha definido la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida como derechos inseparables, y más aún cuando el vínculo entre ellos no pueda generar duda alguna al juez sobre si con la vulneración del derecho conexo, como el derecho a la salud, se pueda llegar al vulnerar un derecho fundamental, como lo es el derecho a la vida. Esto ha sido desarrollado a través de casos puntuales y con el estudio jurisprudencial que realizada la Corte Constitucional, generando precedentes judiciales, para acudir a casos similares, y tener una orientación clara para la toma de la decisión concreta.

### **3.9. FALLOS DE TUTELA COMO PRECEDENTE JUDICIAL**

Considerando que el derecho a la salud solo adquiere la calidad de derecho fundamental cuando como resultado de su vulneración ponga en peligro inminente un derecho fundamental originario para el caso en particular el derecho a la vida y a la dignidad.

Se evidencia que el mayor número de acciones de tutela son consecuencia de presuntas vulneraciones al derecho a la salud y el derecho a la vida ocasionados en virtud de la atención prestada a los usuarios, ante esto la Corte ha dicho mediante sentencias T-860/03 y T-835/05 que para este caso la tutela procede cuando el tratamiento o suministro solicitado se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud según el régimen al que pertenezca el afiliado y solo si cumple las siguientes condiciones:



4 Que la falta del medicamento, implemento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a la vida, a la integridad o a la dignidad del interesado

5 Que no exista un medicamento o tratamiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos

6 Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido

7 Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud.

8 Que el medicamento o tratamiento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. Excepcionalmente, la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo. (Sentencia, T - 835 , 2005).

Finalmente, la Sentencia T-170 de 2002 señala los casos específicos en los cuales las E.P.S. pueden negar un diagnóstico, tratamiento o medicamento según sea el caso:

1. Si demuestra que el diagnóstico, medicamento o tratamiento solicitado no es necesario, con base en pruebas médicas que refuten el concepto del médico tratante.
2. Si demuestra que dicho tratamiento no fue ordenado por un médico adscrito a la EPS.
3. Si demuestra que la persona está en capacidad – directa o indirectamente – de asumir el costo del medicamento o tratamiento solicitado y excluido del POS. (Sentencia, T-170, 2002).

De acuerdo a lo anterior, se evidencia que aunque ha de entenderse que la acción de tutela tiene una idea inicial de eficacia e inmediatez concerniente al restablecimiento de derechos fundamentales o conexos a estos, es evidente que en ocasión a los múltiples cambios como los

límites en las prestaciones de salud, y el número de tutelas presentadas lo han convertido en un mecanismo lento y difuso.

De esta forma se procederá a estudiar dichos límites en la prestación de servicios en salud como han afectado el óptimo funcionamiento del mecanismo, siendo esta una de las principales circunstancias por las cuales se ha generado un mayor inconformismo entre los usuarios.

## **CAPÍTULO IV: LÍMITES DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE SALUD EN COLOMBIA**

Con la entrada vigencia la Ley 100 del 1993 por la cual dejó de existir Sistema Nacional de Salud y lo reemplazo por el Sistema General de Seguridad Social y con ello una serie de cambios en la forma como los colombianos reciben el servicio de salud.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es fruto de la discusión entre una postura que se proponía extender la cobertura del aseguramiento en salud sin tener en cuenta, la eficiencia, y una posición desde la cual se hacía una defensa del mercado, que incluiría un plan prepago y no consideraba de manera importante la solidaridad. (Adriana, 2008)

Antes de la entrada en vigor de la Ley anteriormente señalada el sistema se encontraba estratégicamente diseñado con el fin que la mayoría de la población (la clase trabajadora) pudiese acceder a los servicios de salud, y en cuanto a los demás ciudadanos colombianos eran atendidos en hospitales públicos.

Ahora bien la Ley 100 introdujo al sistema un proyecto para el aseguramiento de los colombianos en el cual las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.) tienen la función de afiliación y el recaudo de las cotizaciones aportadas por el usuario según corresponda, como se explicara a continuación.

### **4.1. GENERALIDADES DEL SISTEMA EN SALUD EN COLOMBIA**

En Colombia, el sistema de salud hace parte del Sistema de Seguridad Social, reglamentado por la Ley 100 de 1993; integrado por tres entes: Por el Estado Colombiano (Gobierno nacional - Ministerio de la Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo), los aseguradores (Entidades promotoras de salud - EPS), y los prestadores (Instituciones prestadoras de salud - IPS).

Las entidades promotoras de salud (EPS), como aseguradoras y principales administradoras de servicios de salud en Colombia, como lo establece el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, tienen como función principal la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) para la protección del derecho a la salud, en torno a la prevención y curación de enfermedades, el

suministro de medicamentos y el reconocimiento de prestaciones económicas en caso de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad.

A través del Plan Obligatorio de Salud (POS), instituido por la Ley 100 de 1993, como un conjunto de servicios de atención en salud a los que tienen derecho los usuarios, se hizo necesario en Colombia generar un listado de procedimientos, intervenciones en salud y servicios hospitalarios, así como de medicamentos para atención de toda y cualquier condición de salud, para usuarios pertenecientes al Régimen Contributivo (Personas vinculadas a través de contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, que hacen un aporte mensual al sistema de salud) y para los usuarios pertenecientes al Régimen Subsidiado (Población sin empleo, contrato de trabajo o ingresos económicos); cuya finalidad es proteger el Sistema de Salud, delimitando la prestación de los servicios de salud para aquellos que no son financiados con recursos públicos, y que en su mayoría son amparados mediante acciones de tutela, y cuya prestación la asume las entidades promotoras de salud (EPS), creando un detrimento económico para estas entidades, lo cual podría ser una principal causa de un déficit en la prestación adecuada de los servicios de salud a la población colombiana.

La Constitución Política de Colombia de 1991, señala que todos los colombianos tienen derecho a recibir una atención oportuna por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud, que se constituye como un servicio público de obligatorio cumplimiento y que su prestación se tiene realizar bajo inspección estatal con la vigilancia y control de agentes públicos y privados, en coordinación del Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, así como la Comisión de Regulación en Salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de la disposición constitucional anteriormente descrita, se promulgó en Colombia la ley 100 de 1993 por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y Salud entre otros; y es así como crean las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud, ya que según Iván Jaramillo Pérez “Con ésta ley se hizo una transformación de nivel administrativo y financiero, reflejado en la descentralización, la privatización, la autonomía de las entidades y la participación ciudadana”. (Perez, 1999, pág. 56).

El derecho a la seguridad social es considerado como un derecho prestacional ya que para garantizar y requerir al mismo es necesario una serie de normatividad de carácter presupuestal que permita la posibilidad de la prestación del servicio y corresponde esta función a la Comisión de Regulación en Salud adscrita al Ministerio de Protección Social, así como definir y actualizar el POS.

Así pues, los ciudadanos se encuentran presididos ante dos regímenes llamados: Régimen Contributivo y Régimen Subsidiado, por lo tanto, es importante tener en cuenta las circunstancias que intervienen para que una persona pertenezca a uno de estos dos regímenes, de la siguiente manera:

**Régimen Contributivo:** Según la ley todos los empleados, trabajadores independientes (con ingresos totales mensuales superiores a un (1) salario mínimo) y los pensionados, deben estar afiliados al Régimen Contributivo. La responsabilidad de la afiliación del empleado es del empleador y del pensionado es del Fondo de Pensiones (Ministerio de la Protección Social, 2004).

Según la revista Deberes y derechos en el Sistema de Salud del Ministerio de Protección Social a este régimen pertenecen todos los ciudadanos que se encuentren vinculados laboralmente, servidores públicos, pensionados y demás que ostenten capacidad de pago, con un aporte mensual de un porcentaje, los cuales pueden incluir a su núcleo familiar como beneficiarios del POS (Plan Obligatorio de Salud).

**Régimen Subsidiado:** Este Régimen acoge a los usuarios que no cuentan con una capacidad de pago que permita hacer aportes al Sistema, es por ello que este régimen se financia mediante transferencias de la Nación y mediante el FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía adscrita al Ministerio de Salud) quien recibe los aportes de los trabajadores del régimen contributivo que devenguen más de 4 salarios mínimos.

## **4.2 PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD**

Con la entrada en vigor de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 surge diferentes cuestionamientos respecto de si la Resolución 6408 de 2016 que aprobó el Plan de Beneficios en

salud para todos los colombianos en el año 2017, es eficaz a la luz de la protección de derechos fundamentales.

Para ello es importante remitirse a un concepto jurídico del Ministerio de Salud, donde se indica que la Ley 1751 de 2015 en su artículo 15, delimita los criterios para las tecnologías y servicios que hacen parte del Plan de Beneficios, y a su vez establece un mecanismo de exclusiones para aquellos que no son financiados con recursos públicos que, mediante un proceso de evaluación técnico-científico, de carácter público, colectivo y participativo serán incluidos.

A partir de allí, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 5592 de 2015 que inicia el proceso de un Plan de Beneficios más implícito que incluída 647 medicamentos, 581 pertenecientes al listado general, 54 a salud pública y 12 agrupaciones.

Sin embargo, en el año 2016, el Ministerio a través de la Resolución 6408 profundiza dicho Plan de Beneficios implícito para medicamentos, con la eliminación de la forma farmacéutica y la concentración, dejando 470 ítems de medicamentos distribuidos así: 420 del listado general, 38 de Salud pública y 12 agrupaciones.

Por lo tanto, la Resolución 6408 de 2016 no fue derogada por la entrada en vigor de la Ley Estatutaria, sino que esta hace parte integral de la misma y obedece con lo allí establecido, particularmente con la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

Cabe aclarar que de acuerdo con la Ley 1438 de 2011 "el Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios".

## **ACCESO AL TRATAMIENTO INTEGRAL MEDIANTE FALLOS DE TUTELA**

Cuando existe una acción de tutela, en donde se busca la protección de derechos fundamentales por la presunta afectación de los mismos, al no prestarse de manera adecuada algún servicio de salud, es necesario que se cumplan ciertos requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para la autorización por parte de las EPS, de servicios que no pertenezcan al ámbito de la Salud, los cuales no podrán ser verificados al brindarse un tratamiento integral en fallos indeterminados, situación en la cual, las EPS estarían obligadas a brindar servicios que tal vez no cumplan con dichos requisitos. Así las cosas, sería inconstitucional el desvío de los recursos públicos de la salud para suplir servicios que no estén contenidos dentro del Plan de beneficios y que además sean consideradas como no salud.

Sobre esta problemática, la Corte Constitucional, ha reiterado que para que prospere la acción de tutela contra alguna EPS que niega el suministro de medicamentos o la autorización de tratamientos con el argumento de que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es requisito sine qua non, que estos hayan sido determinados por el médico tratante.

De esta manera la Corte Constitucional en Sentencia T -760 de 2008, establece:

El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo.

En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar

La prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. (Sentencia, 2008)

Así las cosas, las EPS no podrían autorizar servicio alguno a las afiliadas, si no es el médico tratante quien ha ordenado o formulado los servicios requeridos mediante la acción de tutela. Criterio que así ha desarrollado la Honorable Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos donde manifestó:

No resulta factible en este caso acceder al amparo solicitado, no precisamente porque los elementos médicos que reclama se encuentren excluido del POS, ni porque el derecho invocado no tenga el carácter de fundamental, sino porque el suministro de los elementos que solicita la accionante para su señora madre, no fueron prescritos por un médico adscrito a la entidad accionada, requisito que, en principio, resulta indispensable, en la medida en que la relación del paciente con su EPS, implica que el tratamiento asistencial lo determinen los profesionales que mantienen una relación contractual con la entidad correspondiente (T-0148, 2009). MP Nilson Pinilla Pinilla.

Según lo anterior, se pueden observar ciertos requisitos que ha puesto la Corte Constitucional para determinar las órdenes impartidas para tutelar derechos relacionados con la prestación del servicio de salud por parte de las EPS, evidenciando ciertos límites jurisprudenciales, que generan una necesidad de salvaguardar el sistema de salud, sugiriendo de forma implícita mediante distintos pronunciamientos, que todos los jueces constitucionales debería tener cierta precisión en las ordenes constitucionales, puntualmente sobre los servicios de salud, ya que si bien carecen de ciertos conocimientos médicos y científicos, deberían valorar muy bien cada caso y quizás no solo ser garantistas, sino tener cierta objetividad en casos delicados, en donde la mayoría de veces está en juego la vida de las personas, y tiene de cierta manera, que supeditarse a lo ordenado por el médico tratante, para poder fallar objetivamente, protegiendo los derechos fundamentales de las personas presuntamente afectadas, pero a su vez, siendo consciente de no poner en riesgo el sistema de salud, que se encuentra congestionado en Colombia desde ya hace algunos años.

Por Médico tratante, ha entendido la Alta Corporación, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva E.P.S. que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S. (T-740, 2001) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Así mismo, en la sentencia SU-480 de 1997 se estableció que una E.P.S. debe prestar los tratamientos prescritos a los pacientes por los médicos tratantes contratados o adscritos a las mismas.



Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que los tratamientos asistenciales le den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. (SU-480, 1997)

En el igual sentido, expresó la Corte Constitucional, que la definición del carácter de necesidad de un tratamiento, dado que se trata de una materia específica y técnica que por lo general requiere de conocimientos científicos y especializados, de los cuales los jueces carecen, debe ser dilucidado acudiendo a un criterio objetivo ya que:

Es el dictamen del médico tratante, toda vez que es quien tiene los conocimientos científicos y calificados para opinar sobre el asunto y es quien, por pertenecer o estar adscrito a la entidad prestadora de salud, está facultado para actuar en su nombre. Sin ese concepto el juez no tiene las suficientes herramientas para adoptar la decisión. La opinión del médico tratante, si entra en colisión con la manifestada por el personal administrativo de la entidad prestadora de salud, prevalece y el juez debe tener en cuenta prioritariamente aquélla y desechar esta última. (T-921 , 2003) Magistrado Jaime Córdoba Treviño.

### **LA IMPOSIBILIDAD DE LOS JUECES PARA DECIDIR SOBRE LA IDONEIDAD DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS DE SALUD.**

En el marco del Sistema de Seguridad Social de Salud, la persona competente para determinar qué servicio requiere un paciente, es el médico tratante porque lo hace con base en criterios científicos; y dado que es el profesional que se encuentra en contacto con el enfermo tiene la mayor posibilidad de establecer cuál es el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad del convaleciente, por consiguiente, el criterio vinculante para la orden del servicio médico es el del profesional adscrito a la E.P.S., pues esta es la encargada de la prestación de las asistencias en Salud.

En este orden de ideas, el juez constitucional no es el competente para ordenar tratamientos médicos o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos, razón por la cual a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir

la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento<sup>1</sup> por ello, uno de los requisitos jurisprudenciales para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante.

En síntesis, esta Corporación estableció que la decisión relativa a cuáles son los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, no le corresponde al juez de tutela, pues esta facultad se encuentra en cabeza de los médicos. En este sentido indicó:

La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios:

- (i) El conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad)
- (ii) El conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad)
- (iii) El conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad).
- (iv) Sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad). (Sentencia T-271, 1995)

En virtud de lo anterior, al dar aplicación al principio de integralidad, inherente a la seguridad social, no podría tener cabida un fallo indeterminado, por lo tanto, es necesario analizar el alcance de este principio, donde ya ha puntualizado sobre esto la Corte Constitucional:

---

<sup>1</sup> Sentencias T-569 de 2005, T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004, T-412 de 2004 y T-1214 de 2008.

Sin embargo, esto no implica que el juez de tutela, infiriendo el tratamiento que podría llegar a ser necesario, y sin tener en cuenta las circunstancias de salud y económicas en las que se encuentra el actor, ordene el cubrimiento de todo tipo de tratamiento necesario cuando no se tiene siquiera señal de que la EPS haya anticipado su negativa. Proceder de tal manera traspasa el límite de la informalidad de la acción de tutela que permite fallos extra petita y deviene en un fallo desproporcionado. (T-610, 2005).

La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio de salud, se debe verificar la concurrencia de requisitos tales como: el riesgo inminente para la vida; la imposibilidad de sustituir el medicamento o procedimiento por otro incluido en el POS con igual beneficio; la ausencia total o parcial de recursos y; la prescripción proveniente de un médico adscrito.

Sin embargo, cuando se ordena por vía de tutela que se autorice un “tratamiento integral”, se incurre en una indeterminación que impide la verificación de tales requisitos y de paso priva a la entidad de la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción. Además, se deja latente la posibilidad de que en el futuro se terminen destinando los recursos del sistema para el cubrimiento de servicios que no lleven implícita la preservación del derecho a la vida, que precisamente es el objetivo del amparo.

Así pues, no se puede obligar a la entidad a asumir los costos de servicios que ni siquiera han sido solicitados, situación frente a la cual la Corte Constitucional en la sentencia T-900 de 2002 con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra señaló:

Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la

prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental (T-900, 2002).

Por ello, no obstante que en casos como los que se estudian, se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada para “La protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. (Const. Colombia, Art.86, 1991)

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la entidad accionada y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.

En el mismo sentido se pronunció la alta Corporación a través de la sentencia T- 657 de 2007, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentarúa, dentro de una acción de tutela promovida en contra de esta misma EPS, en la que se concluyó lo siguiente:

Después de haber visto que todos los requisitos jurisprudenciales para la prosperidad de la acción de tutela fueron satisfechos en el caso concreto, es pertinente afirmar, sin embargo, en relación con la solicitud expresa de la accionante de que se le otorgue el servicio médico integral a su hijo menor por vía de tutela es improcedente que, tal y como se advirtió en la parte de las consideraciones normativas de esta sentencia, la existencia de los requisitos antes expuestos en un determinado caso sólo puede ser verificada respecto de unos medicamentos o servicios médicos en particular. (T-657, 2007)

Esto es así, pues es necesaria la existencia de determinadas pruebas en cada caso que definan la funcionalidad y eficacia de un tratamiento médico específico; además, por cuanto se requiere que la fórmula del servicio o medicamento haya sido ordenada por el médico tratante, lo cual, para el momento de la decisión judicial, no es posible determinar, pues es un hecho futuro e incierto.

En este sentido, entiende la Corte Constitucional que ordenar a una EPS que autorice y practique, sin más requisitos, los medicamentos y demás servicios médicos no incluidos en el POS sería desconocer lo ya antes expuesto en relación con los criterios a tener en cuenta para la autorización y práctica de medicamentos y demás servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que se repite, deben ser ordenados por el respectivo médico tratante.

Así las cosas, sería inconstitucional el desvío de los recursos públicos de la salud para suplir servicios que no están contenidas dentro del Plan de Beneficios en Salud y que además son consideradas como tecnologías no salud, al no brindar un tratamiento que mejore las condiciones de la persona y por ende no cumpliría con lo establecido en la Resolución 6408 de 2016.

**ALCANCE DEL TRATAMIENTO INTEGRAL EN FALLOS DE TUTELA DE 2017.**

En el año 2017, como consecuencia de la expedición de la Resolución 6408 de 2016, donde se establece el Plan de Beneficios en Salud, y de cierto modo desaparece lo que antes era considerado como “POS”, refiriéndose a aquel servicio que se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud y lo “NO POS”, refiriéndose a los servicios médicos que no estaban incluidos en el Plan obligatorio de Salud; implantando así, una Plan de Beneficios mucho más amplio, donde se incluyen varios medicamentos, procedimientos e insumos que tienen que ser cubiertos por el sistema de salud, y se especifican tecnología no salud, que o serán cubiertas por dicho plan, que en sí hacen énfasis a procedimientos o medicamentos, cuya finalidad no sea la del mejoramiento de las condiciones actuales de la patología de la persona.

Debido a esto, la Corte ha adoptado una postura clara, en torno a si la integralidad ordenada en los fallos de tutela tiene que tener como límite lo cubierto en la Resolución 6408 de 2016, o si, al contrario, la persona que interpone la acción de tutela debería recibir servicios de salud, que hagan parte de lo que excluye en Plan de Beneficios en salud establecido en la 6408 de 2016.

Teniendo en cuenta la sentencia T-178 de 2017 se establecen los casos específicos mediante los cuales procede la orden y el alcance de un tratamiento integral, ya que la Corte Constitucional ha estudiado este tema bajo dos perspectivas, una referente al concepto mismo de salud y sus dimensiones y otra puntualmente dirigida a todas las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento de una patología respectiva, estudiando la mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas enfermedades.

De acuerdo a la segunda perspectiva que tiene la Corte Constitucional referente al tratamiento integral, se destaca el principio de integralidad como aquella obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, incluidas EPS e IPS, ya que, según la Alta Corporación, les obliga a prestar este servicio de manera eficiente, lo cual incluiría la autorización total de los tratamientos, medicamentos, insumos y procedimientos que el paciente requiera, luego de ser determinados como necesarios por el médico tratante.

Según lo anterior, la Corte Constitucional brinda la posibilidad de solicitar un tratamiento integral mediante la acción de tutela, debido a que con ello se pretende garantizar derechos

fundamentales, tendientes a cubrir las afecciones de los pacientes, respetando las determinaciones y diagnósticos realizados por el médico tratante.

Así, la Corte Constitucional determina la procedencia de integralidad mediante la acción de tutela, cuando concurran tres (3) supuestos:

- (i) La descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. (T- 531, 2009)

Si bien la Corte Constitucional establece los anteriores supuestos como una especie de requisitos para solicitar la integralidad, a su vez ha identificado varios casos en los que encuentra necesario otorgar la integralidad en la acción de tutela a los usuarios, sin importar que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud, y estos casos en los cuales se guarda relevancia, son aquellos que presentan circunstancias fácticas sobre supuestos jurisprudenciales, en los que se encuentran involucrados sujetos de especial protección constitucional, como menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidad física, personas que padezcan de enfermedades catastróficas, desplazados, entre otros; ampliando así la cobertura de los servicios de salud, pero no existiendo ciertas limitaciones para su cobertura.

La integralidad se convierte en aquel supuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, en unas condiciones óptimas que tanto EPS como IPS tienen que brindar a sus afiliados, pero no pueden desviar los recursos públicos en procedimientos, medicamentos o insumos de carácter suntuario y que no tengan relación directa con la patología del usuario. Pero aun existiendo una delimitación de esta integralidad que se ordena en los fallos de tutela, existen casos puntuales, donde las patologías de los usuarios, llevan a que las entidades prestadoras de servicios de salud gasten recursos en insumos que son considerados de un ámbito que no pertenece al sector de la salud; así, se podría tener un caso de una persona con incontinencia urinaria, que solicite mediante una acción de tutela el uso de pañales desechables. En este ejemplo, podemos evidenciar que legalmente, las EPS tendrían que suministrar insumos que no hacen parte del área de salud, como lo son pañales desechables, ya que guardan directa relación

con la patología del usuario, pero tendría que entrar a ponderarse diferentes factores, como si la persona que solicita estos insumos tienen una capacidad de pago, y si él no suministro de estos, en realidad está vulnerando derechos fundamentales a la persona accionante.

Por lo anterior, podemos afirmar que si bien existen límites en la prestación de servicios de salud, como lo establece la Resolución 6408 de 2016, con el Plan de Beneficios en Salud , y también existen límites gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es necesario que cada caso puntual en la acción de tutela sea estudiado, no solo por el juez encargado de decidir sobre la controversia, sino es importante acudir a un criterio netamente médico, que tendría que ir a cargo de las entidades accionadas, y que por la crisis en la que se encuentra el Sistema de Salud Colombiano, hace que los jueces puedan extralimitarse en sus decisiones, al no tener una concepto médico suficiente, y que por la inmediatez que se supone tiene que tener la acción de tutela, hace que casos puntuales no tengan una solución objetivas.

Así por ejemplo, se puede evidenciar en dos acciones de tutela acumuladas que se dirigen contra la EPS Sanitas, que por la vulneración de derechos fundamentales, por no autorizar o suministrar los elementos e insumos que requieren los pacientes para mejorar su calidad de vida, al igual que el tratamiento integral de sus patologías, el servicio de enfermería en casa y la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, la Corte Constitucional hizo un recuento jurisprudencial de la siguiente manera:

1. Reglas de subsidiariedad de la acción de tutela frente al procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud.
2. El derecho fundamental a la salud de los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional.
3. El principio de integralidad predicable del derecho a la salud y los casos en los que procede la orden de tratamiento integral.
4. Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del POS.
5. La autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica cuya necesidad configura un hecho notorio.
6. Servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas.



7. El servicio de transporte para el acceso efectivo al servicio de salud.
8. La naturaleza jurídica de los copagos y cuotas moderadoras.

En este asunto, la Sala declara la carencia actual de objeto ante el comprobado fallecimiento de la persona en cuyo nombre se instauró la solicitud de amparo, pero en el otro caso, concede la protección solicitada, previniendo a la entidad demandada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas que dieron origen a las acciones de tutela estudiadas, ya que con ello atenta contra las garantías constitucionales de los usuarios y desconoce su obligación de garantizar la prestación real, efectiva y oportuna de los servicios de salud, delimitando así los casos en que procede la orden de tratamiento integral de salud a personas de la tercera edad; evidenciando así, que aunque la Corte Constitucional tiene en cuenta diversos factores para fallar la integralidad, resumiendo esta integralidad como el objetivo en sí mismo de la prestación de servicios de salud, en un sentido social y solidario, ya que puntualiza la Corte:

El ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad. (T-178, 2017)

De esta manera, la Corte Constitucional limita el tratamiento integral, aduciendo que si existen casos complejos, en los que llegan a existir dudas sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud, y que se encuentra amparado por un tratamiento integral, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada, en virtud de no solo asegurar el derecho fundamental a la vida, o el derecho a la salud, sino resaltando el derechos a la dignidad humana, donde se estudien diferentes factores determinantes, y más aún si una persona no tienen solvencia económica para acceder a ciertos servicios o tecnologías en salud, ya que legalmente se encuentra establecido, como lo afirma la Corte, de la siguiente manera:

En el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley estatutaria, sentencia C-313 de 2014, esta Corporación consideró que en el ámbito de la salud, la duda sobre el alcance del servicio o tecnología, puede desembocar en consecuencias letales para quien espera el servicio y, por ello, en esas circunstancias se impone brindar la atención necesaria. No es admisible que la incertidumbre sobre el efecto de un procedimiento, se resuelva con el daño a quien está pendiente del suministro del servicio o tecnología, dado que permitirlo, quebrantaría los mandatos constitucionales de realización efectiva de los derechos a la dignidad humana y el bienestar del ser humano, desconociéndolos como propósitos del sistema de salud. (T-178, 2017)

Teniendo en cuenta este pronunciamiento de la Corte, resulta claro que se deben suministrar todos los servicios médicos que requiera la persona que interpone la acción de tutela, y más aún cuando no pueda asumir estas cargas por su delicado estado de salud, o por determinadas situaciones que atenten contra su dignidad humana, en virtud de no tener un acceso directo a los servicios de salud, aunque estos no se encuentren cubiertos en el Plan Obligatorio que establece la Resolución 6408 de 2016, y que estos servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar una determinada enfermedad, independientemente del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador, definiendo que:

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propender, por todos los medios, por garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad. (T-178, 2017)

El tratamiento integral, resulta tener como alcance jurisprudencial, la materialización y realización efectiva de los derechos a la dignidad humana, reflejados en aquel bienestar del ser

humano, relacionándolos como los principales propósitos del sistema de salud; por esto, cuando existan particularidades en un caso puntual, los jueces constitucionales, deberán verificar si estas situaciones reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia, para así excepcionar lo determinado por el legislador y definir si esto afecta la dignidad humana de quien presenta el padecimiento, siendo entonces procedente la acción de tutela a fin de inaplicar el literal del inciso 2 del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que excluye del acceso a los recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías en los que se advierta como fin principal un propósito cosmético o suntuario o que simplemente no se encuentre relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional de la persona tutelante.

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la preeminencia de las garantías superiores que se puedan conculcar. (T-178, 2017)

Se puede demostrar así, que aunque existan limitaciones legales para los fallos de los jueces de tutela en materia de salud, como lo es la Resolución 6408 de 2016; se puede acudir jurisprudencialmente a aquellos criterios tomados para cada caso en particular, evidenciando así, un rompimiento del Legalismo Colombiano y una apertura a un sistema jurisprudencial, donde se hace relevante el precedente jurisprudencial para la toma de decisiones, en materia constitucional, generando un cambio de paradigma legal, en donde si bien la norma limita ciertos aspectos, cada caso particular necesita ser estudiado para obtener una decisión objetiva, acudiendo siempre a lo dispuesto por el legislador, atendiendo siempre a lo establecido en la Constitución Política de Colombia, para la protección de los derechos fundamentales de las personas; y en los casos de salud, no solo teniendo en cuenta los Derechos Fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, sino teniendo como base primordial la dignidad humana, y más si se trata de personas con quebrantos de salud.

## CONCLUSIÓN

Mediante el presente trabajo se logra dilucidar la finalidad y alcance del tratamiento integral ordenado por los jueces constitucionales en los fallos de tutela en materia de salud, evidenciando la importancia del precedente judicial para cada caso concreto, y la necesidad de acudir a los principios constitucionales, aduciendo el reconocimiento de la dignidad humana como base para resolver controversias relacionadas con la prestación de servicios en salud, obligando a todas las entidades encargadas de prestar estos servicios, para que brinden estos servicios teniendo en cuenta siempre que deben asegurar la dignidad de cada persona.

Como finalidad del tratamiento integral se procedió al estudio de diferentes casos como precedente judicial destacando entre ellas la Sentencia T-178 de 2017 y su aplicación en el ámbito de la realidad social de los usuarios colombianos como sujetos de derechos fundamentales, debido a que la Corte ha sido estricta en señalar que el referido tratamiento debe proporcionarse al enfermo, y con esto no se reduce que debe ser estrictamente a obtener curación, en cambio, debe estar encaminado a superar y controlar todas las afecciones que pongan en peligro la vida y la dignidad de la persona más sin embargo los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son limitados y normalmente escasos, esto ha ocasionado la importancia de reservarlos y usarlos en asuntos prioritarios, para la interposición de la acción de tutela, esto significa que deben ser invertidos en la financiación de prestaciones que no pueden ser asumidas directamente por sus destinatarios.

La falta de capacidad para financiar los medicamentos, tratamientos, procedimientos o elementos que son ordenados por el médico tratante pero no están incluidos en el plan de beneficios de salud del paciente es, uno de los requisitos que deben acreditarse en orden a obtener su autorización por esta vía excepcional. Tal exigencia ha sido asociada a la prevalencia del interés general y, sobre todo, al principio de solidaridad, que les impone a los particulares el deber de vincular su propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así, la jurisprudencia constitucional ha entendido que quienes cuentan con capacidad de pago deben ser vinculados al régimen contributivo y así contribuir al equilibrio del sistema, sufragando los medicamentos y servicios médicos que requieran.

La Corte Constitucional concreta la finalidad del tratamiento integral ordenado en los fallos de tutela como la protección de los derechos a la vida, la salud y la seguridad social, pero hace sobresalir entre estos el derecho a la dignidad humana, tomando este como razón de ser de la integralidad deprecada en las acciones de tutela en materia de salud, y como base para delimitar esta misma integralidad, exigiendo a los jueces constitucionales el estudio acucioso de cada caso particular, acudiendo así, al desarrollo del precedente judicial, como fuente de avance jurisprudencial en Colombia.

Por lo anterior se estima pertinente enfatizar que el juez de tutela haga uso de sus facultades constitucionales para evidenciar la necesidad del tutelante, de un modo que certifique que su decisión ya sea de conceder o negar el amparo constitucional solicitado sea consecuente con la verdad material y con las circunstancias que pueda estar soportando quien solicitó la protección. Por esta razón, Aunque se registra que los usuarios tienen el deber de forjar un esfuerzo por asumir los costos de los servicios que no se encuentren inmensos dentro de los planes de beneficios cuando tienen capacidad de pago para lograrlo, en caso de que existan incertidumbres acerca de la capacidad de pago de una persona para que efectivamente pueda asumir o no el costo de un servicio médico, se debe ordenar su provisión como garantía del goce efectivo del derecho a la salud.

Adicionalmente, la denominación de lo que se incluye en el plan de beneficios ha esbozado frecuentemente la diferenciación de los insumos genéricos e insumos de marca debido a que puede darse el caso que el médico considere prescribir un medicamento de marca, no incluido en dicho plan, Ello conduce a que de una manera frecuente a las solicitudes de reembolso impida que la diferencia de valor entre el insumo de marca efectivamente suministrado al usuario y el insumo genérico sea reembolsada a la EPS.

La jurisprudencia constitucional colombiana en fallos de tutela se sitúa explícitamente a favorecer la formulación de insumos en su denominación genérica, contemplando la posibilidad excepcional de que se formulen insumos en su denominación de marca. La importancia de la formulación de insumos genéricos se origina en que es una alternativa efectiva para lograr en mayor número la distribución de recursos escasos en beneficio de las necesidades de la salud de los colombianos, en virtud que generalmente los insumos de marcas específicas conllevan un costo más elevados en comparación a los insumos de denominación genérica.

## REFERENCIAS

- Adriana, P. C. (2008). *modelos de contratacion en el sistema de salud*.
- Aguirre, G. B. (2008). La Acción de amparo constitucional .
- Amparo en revisión , 315-2010 (Mexico 28 de Marzo de 2011).
- Amparo en revisión , 315/2010 (Mexico 28 de Marzo de 2011).
- Banco de la República, S. C. (2015). *Tutela*. Obtenido de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/tutela>
- Cabrera, M. J. (s.f.). El derecho constitucional a la proteccion a la salud.
- España, T. C. (2016). *Recurso de Amparo*. Obtenido de TribunalConstitucional.es: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/04-Recurso-de-amparo.aspx>
- Guzmán Finol, K. K. (2014). *Radiografía de la oferta de servicios de salud en Colombia*. Bogota: Banco de la Republica .
- Marino, C. B. (2005). *La Acción De Tutela En El Ordenamiento*.
- Ministerio de la Protección Social, M. d. (2004). Deberes y Derechos en el Sistema de Salud. *Sistema de seguridad social en salud*.
- Padron, M. C. (1990). Evolucion del Juicio de Amparo y el poder Judicial Federal Mexicano. porrua.
- Perez, I. J. (1999). *Antecedentes Históricos de la Reforma Colombiana*.
- Salud, L. G. (s.f.). Mexico.
- Torres Ruda, Y. E. (Octubre de 2015). *LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA: UN ESTUDIO SOBRE SUS TRANSFORMACIONES JURÍDICAS*. Obtenido de Universidad Católica: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2674/1/pdf%20LA%20ACCI%C3%93N%20DE%20TUTELA%20EN%20COLOMBIA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20SUS%20TRANSFORMACIONES%20JURIDICAS.pdf>
- Const. Colombia, Art.86 (Constitución Política de Colombia 7 de Julio de 1991).

Const.art.95. (2008). Constitucion Política del Ecuador.

Constitución de Chile. (1980).

Constitución, A. (1994). Constitucion Argentina.

*Decreto 2591* . (1991).

*Decreto 2591*. (1991).

Derecho a la salud , T- 180 de 2013 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia , T-760 (2008).

Sentencia. (2002). *T-170*.

Sentencia. (2005). *T - 835* .

Sentencia, T-760 (2008).

Sentencia T-271, 271 (Corte Constitucional 1995).

SU-480, 480 (Corte Constitucional 1997).

T- 531, Sentencia T-531 (Corte Constitucional 2009).

T-0148, Sentencia T-0148 (2009).

T-178, Sentencia 178 (Corte Constitucional 2017).

T-610, Sentencia T- 610 (2005).

T-657, 657 (Corte Constitucional de Colombia 2007).

T-740, Sentencia T-740 (2001).

T-900, Sentencia T900 (2002).

T-900, Sentencia T-900 (2002).

T-921 , Sentencia T-921 (2003).