

 Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña - Colombia Vigilada por el Ministerio de Educación	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A	
Dependencia	Aprobado			
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO			1(1)

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	LAURA PAOLA AYA GALVIS
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO
DIRECTOR	LEONARDO ARENIZ MARTINEZ
TÍTULO DE LA TESIS	LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA: PERDIDA DE EFICACIA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD.

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA: PERDIDA DE EFICACIA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD. TRATAREMOS TEMAS COMO ANTECEDENTES, EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU DICOTOMÍA CON LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA, EN LO REFERENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA Y PROBLEMAS PRESENTADOS EN EL TRÁMITE DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 41	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:
-------------	---------	----------------	---------



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA: PERDIDA DE EFICACIA FRENTE AL
DERECHO A LA SALUD.**

Autora

LAURA PAOLA AYA GALVIS

**Trabajo de grado modalidad monografía de experiencias como requisito para optar por el
título de abogada**

Director

LEONARDO ARENIZ MARTINEZ

Abogado, Esp. Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Octubre, 2018

Dedicatoria

A mis padres y mi hermana, por el apoyo y el ejemplo de siempre. Pero en especial a mi madre que gracias a su tenacidad y compromiso con sus hijos, tuve la oportunidad de estudiar una carrera profesional.

A Dios porque a pesar de que fue duro él nunca me ha puesto una prueba que no sea capaz de resistir.

A mi novio, por su apoyo incondicional en cada uno de los momentos más importantes de mi carrera, gracias por estar ahí junto con mi familia dándome ánimos y fuerzas para culminarla.

A mi director por la paciencia y la confianza brindada en este proyecto.

Introducción

En Colombia desde la promulgación de la Constitución de 1991 se comenzó a hablar de la acción de tutela, estipulada en el artículo 86 y consagrándose como:

Un mecanismo que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales fundamentales, aún aquellos que no se encuentren consagrados en la constitución, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (CP, 1991, artículo 86).

De acuerdo a lo expresado a nivel constitucional, “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” (CP, 1991, artículo 86), lo anterior, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Según Pérez, (2010) afirma que:

Este mecanismo ha sido la salvación para muchos ciudadanos, especialmente las personas de bajos recursos, que reclaman para que no se les vulnere su derecho a la salud, a la protección, a la educación y, especialmente, a la justicia. Se interpone cuando una persona ha sido atacada por un servidor público o por un particular, bien sea una institución, empresa o persona. (p.2).

De este mecanismo, se resalta como sus principales características que es “Subsidiaria, Inmediata, Sencilla, Específica y Eficaz” (Decreto 2591 de 1991). De acuerdo con ello, una Acción de Tutela debe resolverse por un juez casi inmediatamente. Es tan eficaz este recurso que Duran, (2011) afirma que otra característica de este hecho es:

Que beneficia a aquellos que por disposiciones culturales o cuestiones sociales no pueden entablar una Tutela por sí mismos, es que un tercero puede interponer una tutela en su nombre o también como su representante. (p.3)

Si bien, se expresó en apartes anteriores, que este mecanismo está consagrado de forma eficaz para el cumplimiento de los derechos fundamentales, queda en tela de juicio su eficiencia en el cumplimiento del fallo, ya que, si bien el mecanismo es rápido y sencillo, su incumplimiento por parte del accionado hace que sea dicho fallo judicial ineficaz, un ejemplo de ello son los fallos de tutela respecto a la salud, donde a nivel nacional se ha reportado que:

En el último año y hasta febrero de 2017 fueron radicadas cerca de 4 mil tutelas falladas en contra de las Eps, Capital salud, Cafesalud y Nueva Eps, empresas prestadoras de servicios de salud que según el organismo hacen parte de una lista negra por deficiencias en el servicio que prestan.

Según un informe de la Personería, pese a las decisiones de los jueces que obligan a través de una tutela a esas Eps a brindar la atención médica a los usuarios, no se hace en más de la mitad de los casos, afectando a la población que requiere los servicios. (RCN Radio, 2017)

De acuerdo a lo anterior, a pesar de la protección brindada en el fallo de tutela, muchos de estos no son cumplidos, debiendo acudir el accionante al desacato, el cual a diferencia del incumplimiento de la tutela que es de tipo objetivo, el desacato es consagrado como una responsabilidad de tipo subjetiva, así lo ha expresado el Consejo de Estado al decir que:

En la acción de tutela, tanto el incumplimiento del fallo como el desacato tocan el tema de la responsabilidad jurídica, pero mientras que el simple incumplimiento de la sentencia se refiere a una responsabilidad de “tipo objetivo”, el desacato implica la comprobación de una “responsabilidad subjetiva”. Esta precisión genera diferencias importantes en cuanto a las

decisiones que puede tomar el juez de tutela y especialmente sobre las reglas y garantías que se deben respetar en el trámite previo a la adopción de decisiones, pues si bien el incumplimiento del fallo de tutela lleva consigo el desacato, tanto el trámite de cumplimiento de la orden como el trámite de desacato se rigen por postulados diferentes. (Consejo de Estado, sección quinta, Radicado 01087).

Ubicados en el anterior contexto de ideas y teniendo en cuenta la falta de cumplimiento en los fallos de tutela, principalmente en los relacionados con el derecho a la salud, esta investigación se plantea como pregunta de análisis el determinar si ¿la falta de acatamiento de un fallo de tutela por parte de una entidad promotora de salud, en adelante EPS, acarrea una pérdida de la eficacia de la acción de tutela en la protección del derecho a la salud en Colombia?

Para dar respuesta al problema planteado, se aplicará un método de investigación cualitativo de tipo normativo y jurisprudencial, mediante dicho método se recopilarán los antecedentes de la acción de tutela en Colombia para luego abordar lo referente al acceso a la justicia y su dicotomía con la efectividad de la justicia en lo referente a la acción de tutela; desarrollado lo anterior se sentarán las bases para traer a colación los principales problemas presentados en el trámite de las acciones de tutela en la protección del derecho a la salud.

Finalmente, se abordará el tema de la pérdida de eficacia de la acción de la tutela, plasmando un análisis sobre un tema actual que se pudo observar durante el desarrollo de la judicatura realizada en el Juzgado Laboral del circuito de Aguachica- Cesar y en la Personería Municipal de Santa Rosa de Osos -Antioquia.

Índice

INTRODUCCIÓN	VI
CAPÍTULO 1. LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA	1
1.1 ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA	1
1.2 MEDIOS PARA GARANTIZAR LA ACCIÓN DE TUTELA	6
1.3 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA	9
<i>1.3.1 La Tutela contra Particulares.....</i>	<i>9</i>
<i>1.3.2 La tutela contra entidades del Estado</i>	<i>12</i>
<i>1.3.3 La tutela contra fallos judiciales</i>	<i>15</i>
CAPÍTULO 2. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU DICOTOMÍA CON LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA EN LO REFERENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA.	21
2.1 EL ACCESO A LA JUSTICIA	21
2.2 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	24
CAPÍTULO 3. PROBLEMAS PRESENTADOS EN EL TRÁMITE DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD.	28
3.1 LAS ACCIONES DE TUTELA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD	28
3.2 LA CONGESTIÓN JUDICIAL CON LAS PETICIONES DE TUTELA.....	29
3.3 EL INCUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS DE TUTELA	34
CONCLUSIONES	36
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

Capítulo 1. La acción de tutela en Colombia

1.1 Antecedentes de la acción de tutela en Colombia

En Colombia previo a la sanción de la Constitución Política de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente, teniendo en cuenta la importancia de brindar a los ciudadanos una herramienta ágil y eficaz que les permitiera la protección de sus derechos y en el marco del Estado social y democrático de derecho, “incluyó la herramienta judicial más innovadora, accesible y contundente de la historia constitucional contemporánea en Colombia, como lo fue la acción de tutela” (Betancourth Giraldo & Ocampo Ramos, 2013, p.23)

De esta forma, se comenzó a pensar en el mecanismo de la acción de tutela como un medio alternativo o suplente que tuviera como finalidad evitar un perjuicio irremediable, es por ello que una vez expedida la Constitución, la acción de tutela fue desarrollada en su articulado a partir del artículo 86, donde se expresó que:

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.

Artículo creado en la asamblea nacional constituyente la cual tuvo como precedente el derecho comparado y el conocido recurso de amparo, aplicado en otros países que tiene como finalidad brindar un mecanismo rápido de protección a la ciudadanía de sus derechos fundamentales.

Motivo por el que se consagra el artículo 86 de la constitución con la finalidad de añadir el ímpetu constitucional en pro del funcionamiento de la tutela en Colombia como derecho de todo ciudadano el cual debe respetarse y permitirse para la protección de los derechos fundamentales.

Es de resaltar que el artículo 86 referente de la acción de tutela fue reglamentado por el Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991, expedido por el Presidente César Gaviria, en virtud de las facultades otorgadas por el literal b) del artículo 5 transitorio de la Carta Política.

Estableciendo en dicho Decreto a la acción de tutela como una garantía de los derechos fundamentales, no obstante, “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” (Decreto 2591 de 1991, artículo 2).

Frente al desarrollo jurisprudencial de la acción de tutela se tiene en primer lugar la decisión tomada en la sentencia C 543 de 1992 la cual permitió la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableciendo que:

La acción de tutela ha sido concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, las cuales pueden ser cometidas por una autoridad u órgano judicial. (Sentencia C 543 de 1992).

Posteriormente, respecto a la procedencia de la acción de tutela, expreso la Corte Constitucional en la Sentencia C 018 de 1993, que para que esta proceda, el derecho a proteger debe ser esencial para la persona, todo ello partiendo del supuesto según el cual:

La división en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete, pues ello no fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente conforme al procedimiento establecido en su Reglamento.

Es decir, que el número de derechos a proteger vía acción de tutela, de acuerdo con la sentencia C-018 de 1993, no está taxativo en el texto constitucional, o sea, que no es solo los derechos fundamentales, sino todos aquellos derechos esenciales en la vida de la persona, que hagan parte del mínimo vital.

Así como aquellos derechos humanos que se integran vía bloque de constitucionalidad a través de normas internacionales como la Convención Americana y/o el Pacto Internacional de

Derecho Civiles y Políticos, a eso hay que agregarle los derechos innominados que contempla la misma constitución en su artículo 94.

Para garantizar lo anterior, corresponde al juez analizar cuál es el derecho que se pide proteger y este que conexidad tiene con los derechos fundamentales, para así mediante una sentencia de tutela proteger al accionante de cualquier vulneración, lo que, a su vez, constituye un precedente, frente al que en casos semejantes debe fallarse de forma semejante, en pro de brindar a la sociedad, seguridad jurídica, así lo ha dicho la sentencia C- 018 de 1993:

La jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico.

Para lograr lo anterior, insta la tan mencionada sentencia a que la misma Corte Constitucional, debe unificar criterios interpretativos de los diferentes fallos de tutela, que discrepen en la interpretación y protección de un bien jurídico, para así, brindar a los jueces constitucionales una guía para aplicar en sede de tutela en cada caso donde se coloque a su consideración la protección de un derecho fundamental.

Luego del anterior análisis se puso en tela de juicio el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, el cual se constituye con el fin de desarrollar las acción de tutela en Colombia, desde su procedencia, sus términos así como su forma de hacer cumplir el fallo los jueces, insertando en ese articulado el desacato, en este decreto el articulo 42 desarrolla el inciso 5 del artículo 86 de la Constitución Política, donde se contenía una enumeración de los casos concretos en que la acción

de tutela procede contra particulares expresando la Corte que la “acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación” (Sentencia 134 de 1994).

Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental, “la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho” (Sentencia 134 de 1994).

Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto, motivos por los que se analizó en el año 1996 la figura del desacato, expresándose que la correcta interpretación y alcance del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, no puede ser otro que un trámite incidental especial, que concluye con:

Un auto que nunca es susceptible del recurso de apelación, pero que, si dicho auto es sancionatorio, debe ser objeto del grado de jurisdicción llamado consulta, cuyo objeto consiste en que el superior jerárquico revise si está correctamente impuesta la sanción, pero que en sí mismo no se erige como un medio de impugnación.

Y ello es así por cuanto el trámite de la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica una especial relevancia del principio de celeridad. (Sentencia 243 de 1996).

De esta forma se fue desarrollando aspectos trascendentales de las acciones de tutela consagrándola como el mecanismo de protección de derechos constitucionales más idóneo para los particulares, incorporándose a nuestro orden normativo a través de la constitución nacional a partir de 1991 bajo el marco del nuevo Estado social y democrático de derecho.

Esto ha permitido que los ciudadanos se sintieran respaldados por los jueces de manera rápida, evitando así un daño irremediable para el tutelante y con esto poder regular las relaciones entre los poderes públicos y los particulares, tarea que siempre ha tenido el derecho constitucional como rama del derecho público.

1.2 Medios para garantizar la Acción de Tutela

La tutela está instituida para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales, tal y como se consagra en el artículo 86 constitucional, donde se expresa que este mecanismo es un medio idóneo de protección y prevención constitucional.

Lo anterior, es confirmado en el desarrollo de la acción de tutela por parte del decreto 2591 de 1991 al estipular que:

Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora ya que, si no lo hiciera dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. (Decreto 2591 de 1991).

De lo anterior, se puede colegir que la acción de tutela debe cumplirse ya que esta cuenta con medios que garantizan su ejecución, donde encontramos dentro de estos medios el desacato, el cual procede una vez vencidas las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, donde corresponde al juez, dirigirse al superior del responsable y requerirlo para que haga cumplir el fallo de tutela y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Si

esto no sucede, expresa la norma que:

Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Decreto 2591, 1991, artículo 27)

Es de resaltar que al producirse el desacato el Decreto 2591 de 1991 autoriza al juez a sancionar al responsable de no cumplir el fallo “con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. (Decreto 2591, 1991, artículo 27).

Sobre las sanciones interpuestas en el incidente de desacato, es decir, disciplinaria y penales a que haya lugar, “aplicables en virtud del incumplimiento de las órdenes proferidas por el juez de tutela, tanto en el trámite de la acción como en el fallo, corresponde al ejercicio de los poderes disciplinarios del juez” (Decreto 2591 de 1991), y se inicia con el fin de lograr la eficacia de la orden proferida y con ella el respeto del derecho fundamental vulnerado, esto lo corrobora la Corte Constitucional al expresar que:

La sanción por el desacato a las órdenes dadas por el juez de tutela es una sanción que se inscribe

dentro de los poderes disciplinarios del juez, pues su objetivo es el de lograr la eficacia de las órdenes proferidas tendentes a proteger el derecho fundamental reclamado por el actor.

Con todas las órdenes que el juez de tutela profiera se busca, en última instancia, el logro de un objetivo común el cual es la protección del derecho fundamental reclamado por el actor, y la sanción que el juez aplica por el incumplimiento de una o cualquiera de estas órdenes, no persigue una finalidad distinta a la de lograr la eficacia de la acción impetrada. (Sentencia C 092 de 1997)

Además del medio disciplinario del que tiene potestad el juez para garantizar la acción de tutela, se encuentra otro medio y es de naturaleza penal, este tiene como finalidad “castigar la vulneración de los bienes jurídicos constitucional o legalmente protegidos, producida con la omisión del cumplimiento de lo ordenado”. (Decreto 2591 de 1991).

A nivel jurisprudencial, ha hecho interpretación y referencia de la figura del desacato la Corte Constitucional, en un análisis reciente de los pronunciamientos en torno a esta figura, encontramos la sentencia T 280 de 2017, este fallo fue promovido por Rosaura Muñoz Vivas contra la EPS Cruz Blanca en el régimen contributivo como beneficiaria de su esposo.

En dicho fallo el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá tuteló el derecho a la vida en conexidad con la salud de la peticionaria, lo cual no se cumplió por parte de la EPS cruz blanca, en referencia a este caso, expreso la Corte que el desacato debe ser aplicado por el juez ante la falta de cumplimiento del fallo de tutela, que en aplicación del decreto 2591, debe el juez instar al superior jerárquico del funcionario quien omite el cumplimiento para que este haga acatar el fallo.

Pero ahí no termina el poder de juez de tutela, ya que el mismo decreto 2591 le da la

potestad de aplicar medidas judiciales y disciplinarias ante la falta de acatamiento del fallo de tutela.

Finalmente, lo anterior no es obstáculo para que en determinados hechos los jueces de tutela o los penales, se cohíban de aplicar las sanciones disciplinarias o penales de que trata el decreto 2591 de 1991 que tienen como fundamento el incumplimiento de una orden proferida por un juez de tutela, frente a lo que el decreto en mención aporta al juez el poder disciplinario y judicial como medios para hacer efectivo el cumplimiento del fallo.

1.3 Procedencia de la Acción de Tutela.

1.3.1 La Tutela contra Particulares. La consagración normativa de la acción de tutela, tiene como objeto el permitir a toda persona poder 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 por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. (CP, 1991, art 86), teniendo como fundamento la protección de los derechos fundamentales y estipulados estos dentro del mismo artículo 86 constitucional

Al desarrollarse la procedencia de la acción tutelar contra particulares, el Decreto 2591, encargado del desarrollo del mandato constitucional, estableció que la acción de tutela procedía contra acciones u omisiones de particulares, estipulando el Decreto 2591 de 1991 los siguientes casos:

- (i) cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos fundamentales;
- (ii) cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos fundamentales;
- (iii) cuando aquel contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios;
- (iv) cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización;
- (v) cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución;
- (vi) cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución;
- (vii) cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma;
- (viii) cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas;
- (ix) cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. (Decreto 2591 de 1991, artículo 42)

De lo anterior se puede concluir que el fundamento jurídico de la tutela contra particulares procede en la situación en que el solicitante se encuentre en un estado de indefensión o de

subordinación, tal y como lo expresa el numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Esta facultad tiene fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular, por ello el Estado debe acudir a la protección, y garantizar a su vez el mínimo vital en la prestación de los servicios públicos, motivo por el que hace procedente la tutela contra particulares cuando se presentan aquellos que sean encargados de prestar un servicio público de salud, un servicio público domiciliario, tal y como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo en mención.

Sumado a lo anterior, se estipulan dentro de los particulares contra quienes procede la acción de tutela, aquellos que amenacen de vulnerar el derecho a la libertad de forma objetiva y/o psicológica así como servidumbre y la trata de seres humanos, tal y como lo prevé el numeral 5 del artículo 42, protegiendo a su vez del particular que tiene bajo su disposición datos de las penas, esto bajo el ámbito fundamental del habeas data, como lo dispone el numeral 6 del artículo 42.

Lo anterior guarda conexidad con la procedencia de la acción cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas o cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas, tal y como dispone los numerales 6, 7 y 8 del artículo 42.

Al analizarse la procedencia de la acción de tutela contra particulares a nivel jurisprudencial, encontramos que la Corte Constitucional ha justificado la procedencia de la

acción de tutela contra particulares por las siguientes razones:

De una parte, ha señalado que la extensión de la tutela a las relaciones entre particulares tiene por objeto restaurar situaciones de desigualdad existentes en tales relaciones.

Es decir, se busca que las relaciones particulares se conduzcan bajo condiciones de igualdad y coordinación.

Por otra parte, la Corte ha indicado que la ampliación se explica por un fenómeno más complejo, cual es el “desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado”, lo que demanda la protección de los particulares frente a cualquier clase de poder social. (Sentencia T-222 de 2004)

Es de recordar que ya la Corte Constitucional había hecho referencia a los fundamentos de la acción de tutela contra particulares, indicando que el constituyente introdujo la tutela contra particulares, al advertirse que los derechos fundamentales podían ser violados “no sólo por autoridades públicas”. (Sentencia C-134 de 1994).

En conclusión, cuando se da la vulneración de un derecho fundamental y en concreto se derive un perjuicio sobre un grupo humano específico, será procedente la acción de tutela como mecanismo para remediar la situación creada por el particular teniendo en cuenta que la misma sería patológica frente a los derechos y libertades individuales y respecto de principio o valores plurales o, inclusive generales. (Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2006).

1.3.2 La tutela contra entidades del Estado. Antes de plantear la información sobre la tutela contra entidades del Estado, se debe tener claro que la constitución contempla que el

Estado Colombiano esté organizado en dos partes, que son las ramas del poder público (Rama legislativa, Rama judicial y Rama ejecutiva) y los organismos del Estado conformados por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la Republica, la Defensoría del pueblo, La Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral, La comisión nacional del servicio civil, la Comisión Nacional de televisión y el Banco de la Republica.

La acción de tutela pretende amparar los derechos fundamentales frente al Estado, tal y como se concibe del análisis del artículo 86 constitucional, siendo este el fundamento base de este recurso extraordinario contra entidades estatales, lo anterior con fundamento en que el Estado deber ser garante de su efectividad; y para ello ofrece un procedimiento asequible, sumario e informal para todo aquel que considere afectado sus derechos; y le otorga al juez poderes excepcionales en procura de conseguir dicha finalidad. (Aguirre, 2012).

Con fundamento en lo anterior la acción de tutela puede presentarse contra cualquier servidor público que en ejercicio de sus funciones o extralimitando las mismas, viole o amenace los derechos fundamentales.

Es decir, que la acción de tutela sirve como un medio idóneo para proteger a las personas del uso arbitrario del poder público que pueda afectar sus derechos fundamentales, teniendo como fundamento, que las entidades del Estado tienen como función constitucional el servir a la comunidad, tal y como lo dispone la misma constitución en su artículo 2.

Por lo tanto las actuaciones u omisiones del poder público en cuanto a trámites relacionados con los derechos fundamentales, generarían motivos suficientes para instaurar una

acción de tutela en contra de la entidad, requiriendo que se abstenga de tales actuaciones o exigiendo que se manifieste al respecto.

Ante la ausencia del cumplimiento de los principios de la función administrativa, se hace procedente a la acción de tutela para corregir la falta instando al cumplimiento y así recobrando el rumbo de la entidad que es el servicio a la comunidad.

Razón, por la que el actuar de las entidades del Estado debe tener como objetivo alcanzar los fines del Estado y eso solo se logra si estas garantizan la protección de los derechos fundamentales, así lo ha expresado la Corte Constitucional al manifestar que las entidades del Estado tiene como función “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Sentencia T-222 de 2004), como son los derechos fundamentales, pudiéndose interponer contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal.

Es importante aclarar que la razón de ser de la tutela contra la entidad del Estado es que esta última no esté cumpliendo las funciones de la administración, dichas funciones son de rango constitucional y están estipuladas en el artículo 209 donde se expresa que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Por ende, no se puede exigir que se reconozca a través de la tutela, la nulidad de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto. Al igual que de daños consumados,

ya que la acción de tutela no es de carácter restaurativa, reparativa e indemnizatoria.

1.3.3 La tutela contra fallos judiciales

A nivel constitucional el fundamento de la acción de tutela contra fallos judiciales tiene como fundamento el ultimo aparte del párrafo primero del artículo 86 de la Constitución donde se expresa que esta procede cuando un derecho fundamental sea vulnerado “por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” entendiéndose como autoridades públicas los órganos que integran el poder judicial en Colombia.

En desarrollo del aparte traído a colación en el párrafo anterior, el decreto 2591 de 1991 estipulo que esta procedía contra la arbitrariedad judicial, así lo establecía el decreto en mención al decir en su artículo 11 que la acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso y agregaba en su artículo 40 que:

Quando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Es decir, que la consagración de la tutela contra providencias judiciales hace referencia a la búsqueda de la protección judicial frente a un fallo de otra autoridad judicial; teniendo en cuenta las disimilitudes interpretativas que se estaban dando entorno a la acción de tutela contra fallos de las demás altas cortes como son el consejo de estado o la corte suprema, quienes eran órganos de

cierre de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción ordinaria, a través del recurso de revisión en el Consejo de Estado y del recurso de casación en la Corte Suprema, debió dar claridad sobre la interpretación del artículo 11 y 40 del decreto 2591 de 1991.

Lo anterior correspondió a la Corte Constitucional, en una sentencia donde se demandaba la inexecutable de los artículos 11 y 40 respectivamente, en dicha demanda se expresaba que al ser órganos de cierre el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, sus fallos trascendían a cosa juzgada, y por lo tanto el permitirse la intromisión de la Corte Constitucional vulneraba las competencias de dichas cortes e instaba a la violación de la seguridad jurídica, frente a esto expreso la Corte Constitucional en la sentencia C 543 de 1992 determino que:

Por regla general, el recurso de amparo no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente su ejercicio era viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se vislumbra la violación o amenaza de un derecho fundamental, constituyéndose así una vía de hecho. (Sentencia C 543 de 1992).

El concepto de “vía de hecho” fue el término utilizado para verificar la viabilidad en la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, teniendo como requisito que el fallo o decisión judicial violara de forma flagrante la Constitución y por tanto se encontrara apartada del ordenamiento jurídico. No obstante, la jurisprudencia constitucional determinó que:

El concepto de vía de hecho hace parte de un esquema más amplio de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, unos de carácter general (referidos a la procedibilidad de la acción de tutela) y otros específicos (relativos a la tipificación de las

situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, principalmente el derecho al debido proceso). (Sentencia C 543 de 1992).

De esta forma se comenzó hablar de los requisitos adicionales al mero concepto de vía de hecho, encontrándose de esta forma la necesidad de demostrar unos requisitos generales y otros específicos, entre los generales se encuentra:

Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantee una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública.

Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela;

Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad;

Que en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor;

Que el ciudadano identifique en forma razonable los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial; y

Que el fallo censurado no sea de tutela. (Corte Constitucional, Sentencia C 590 de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño)

Del anterior pronunciamiento se extrae que para que sea factible la revisión de un fallo judicial por parte del juez constitucional, la demanda de tutela debe:

- (i) versar sobre un asunto de relevancia constitucional;
- (ii) agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios dispuestos por la legislación aplicable;
- (iii) presentarse en un término oportuno y razonable;
- (iv) si la alegación del defecto es por una irregularidad procesal, esta debe ser de tal magnitud que impacte en el sentido de la decisión;
- (v) una especificación detallada de los hechos y;
- (vi) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela. (Sentencia C 590 de 2005).

Ahora bien, frente a los requisitos específicos para la procedibilidad de la acción de amparo contra las decisiones judiciales, la Corte Constitucional estableció los siguientes:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución. (Sentencia C 590 de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño).

De lo anterior se extrae que los requisitos específicos que deben cumplirse para que proceda una acción de tutela contra decisiones judiciales, exige se supere el concepto de vía de hecho, lo anterior con la finalidad de que este recurso constitucional tenga unos límites y no sea interpuesto ante cualquier fallo judicial.

Es por eso, que expresar que la procedencia de una acción de tutela contra una providencia judicial, debe ser contra un fallo que se aparte de la normatividad, siendo este una vía de hecho, a su vez, dar claridad sobre cuál es la causal que se reclama del fallo ya que esta debe estar acompañada del cumplimiento de un requisito específico, como es que se halla apartado el juez de la ley, del precedente y haya hecho una mala interpretación de la prueba entre otras.

Finalmente, se ha reiterado que siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional teniendo como sustentó el

debido proceso constitucional donde se estipula una serie de garantías, que al ser estas vulneradas, hacen procedente la acción de tutelar contra la providencia por vulneración de derechos fundamentales.

Capítulo 2. El acceso a la justicia y su dicotomía con la efectividad de la justicia en lo referente a la acción de tutela.

2.1 El acceso a la justicia

En apartes anteriores se expresó que las acciones de tutela eran eficientes ya que se cumplía con el acceso a la justicia al darse un pronunciamiento de un juez investido de poder constitucional, pero eran ineficaces ya que, en muchas ocasiones, las tutelas en el área de salud no son acatadas.

Al hablar de que un fallo de tutela es eficiente hacemos relación al acceso a la justicia, ya que quien decidió acudir en busca de la protección de un derecho fundamental a través del mecanismo de la tutela, obtuvo un fallo judicial que demuestra que su derecho ha sido vulnerado, no obstante, la falta de cumplimiento de dicho fallo demuestra que no hubo eficacia en la justicia, ya que, si se permitió el acceso, pero no la tutela judicial efectiva, temas abordar para tener más claridad.

Es de recordar que el acceso a la justicia es una norma de rango constitucional estipulada en el artículo 229 donde se expresa que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

A nivel legal ha hecho referencia la ley 270 de 1996 al acceso a la justicia, este marco legal expresa en su artículo 2 que:

El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública.

En cada municipio habrá como mínimo un defensor público

De acuerdo a lo anterior permitir el acceso a la administración de justicia a todas las personas residentes en Colombia, hace parte de un derecho constitucional desarrollado en la ley 270 de 1996 conocida esta como la ley estatutaria de la administración de justicia.

El fin del artículo 2 de la ley 270 de 1996, es ser un principio que inste el funcionamiento del Estado, dando cabida a cualquier persona y brindando a su vez amparo de pobreza, así como un defensor público que pueda representar los intereses de cualquier ciudadano y servir de medio entre este y el aparato judicial para que así obtenga la protección y respuesta del Estado a través de los operadores jurídicos.

A nivel jurisprudencial, la Corte constitucional ha hecho referencia al derecho de acceso a la administración de justicia como:

La posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (C 543 de 1992).

Aquella prerrogativa de la que se benefician las personas, naturales o jurídicas, a quienes se

les permite exigir justicia e imponer a las autoridades públicas, “distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo”. (Corte Constitucional, Sentencia C 405 de 1996).

Frente al acceso a la administración de justicia y las obligaciones del Estado ha expresado la Corte Constitucional que en general, “las obligaciones que los Estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos”. (Sentencia T 283 de 2013).

Con base en la anterior clasificación, se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia.

En primer lugar, la obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización.

Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta.

En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho.

En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho. (Sentencia T 283 de 2013).

Por lo tanto, se puede concluir de forma preliminar que el derecho a la administración de justicia trae consigo la adopción de normas y medidas que aseguren a todas las personas su

derecho de acceso a la justicia haciendo parte en un proceso y permitiéndoles utilizar los instrumentos que permitan demostrar la vulneración de sus derechos para de esta forma hacer sus pretensiones, limitándose este derecho no solo al acceso a la administración de justicia, sino a un fallo que se cumpla en pro de la protección constitucional de los derechos fundamentales.

2.2 La Tutela judicial efectiva

Este término jurídico, es propio del ámbito internacional, acogido dentro de los estadios jurídicos de garantías del debido proceso, a nivel constitucional.

Encontramos la definición de tutela judicial efectiva por parte de la Constitución española que en su artículo 24 donde se expresa que:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco y secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. (España, Constitución Política, 1978.)

No obstante, otras instancias como la Comisión Americana de Derechos humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales a través de sus estatutos, permean nuestra

constitución política por medio de su integración en el bloque de constitucionalidad (C.P, 1991, art 93); dentro de la definición de tutela judicial efectiva se hace referencia en el Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala en el cual la CIDH manifiesta que “La tutela judicial efectiva es uno de los derechos reconocidos con el rango de fundamental” (CIDH, 2005).

Para este órgano la Tutela judicial efectiva es más que un simple acceso a la justicia el cual debe además de acceder a la justicia, establecer el derecho a obtener la ejecución de la sentencia destacándose a demás:

- a. Derecho de acceso libre a la jurisdicción: comprende el derecho de toda persona a ser parte en un proceso, y a poder promover en su marco la actividad jurisdiccional, es decir, a ser partícipes activos de la decisión a tomar por parte del órgano judicial. (Pico Junoy, 2008)
- b. Derecho a la motivación de la resolución de fondo: es el derecho de todo actor, demandante o parte en un proceso a obtener una resolución o sentencia que contemple el fondo del proceso, y que esta sea jurídicamente motivada a partir de la postura de las partes y las pruebas aportadas.
- c. Derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos: consiste en la utilización de recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos. (Pico Junoy, 2008)
- d. Derecho a obtener la ejecución de la sentencia: Necesariamente, la tutela judicial efectiva implica una exigencia de que el fallo judicial se cumpla y que en consecuencia el actor

sea indemnizado en sus perjuicios, es decir reconocido en su derecho. (Diez Picazo, 2008).

e. Prohibición de la indefensión: También conocido como derecho de defensa, es decir, la salvaguardia a la defensa contradictoria de las partes litigantes, a través de la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses en un proceso. (Diez Picazo, 2008)

Ahora bien, desarrollada la finalidad que tiene el acceso a la justicia, el cual se encamina más al acceso que al análisis de los asuntos sometidos a los órganos judiciales, contrario al concepto de tutela judicial efectiva la cual propende a un efectivo análisis por parte de los órganos judiciales de los requerimientos puestos a su consideración.

El poder judicial debe garantizar la ejecución de la sentencia, sea este un fallo de tutela, encontramos que al no garantizarse la ejecución del fallo no hay eficacia de la justicia la cual se traduce en que la sentencia debe ser ejecutoriada, es decir, en que debe protegerse el derecho a nivel judicial y cumplirse el fallo, garantía propia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sentadas las bases que presentan la finalidad de la acción de tutela en Colombia y la falta de eficacia de la justicia ya que al no cumplirse un fallo de tutela se vulnera a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva; derecho que si bien no está estipulado a nivel constitucional, ya que solo se garantiza es el derecho al acceso a la justicia, si debe recordarse que nuestra constitución incorpora normas de rango supra legal a través del artículo 93 constitucional el cual comprende el bloque de constitucionalidad, lo que a su vez garantiza que normas de rango internacional como la tutela judicial efectiva, sean aplicadas y garantizadas a nivel interno, frente a lo que nuestro país, debe no solo garantizar el acceso, sino también el cumplimiento del fallo judicial.

Al analizar la norma superior contenida en el artículo 229 constitucional en contexto con el artículo 2 de la ley 270 de 1996 ley estatutaria de la administración de justicia, se encontró que una de las prioridades de nuestro país es permitir el acceso a la administración de justicia de todo el conglomerado social.

Partiendo de lo anterior, el querer Colombia permitir que cualquier ciudadano por sí mismo o a través de un representante público como un defensor público pueda acudir a la administración de justicia, lo hace con el fin no solo de permitir colocar a consideración del aparato judicial la toma de una decisión en sede civil, laboral, administrativa o penal, sino también la garantía de que una vez se haya manifestado el juez a través de un fallo y/o sentencia este sea cumplido y su derecho satisfecho.

Motivos por los cuales el acceso a la justicia en Colombia, debe trascender a no solo acudir al poder judicial sino también obtener de este una decisión y que esta sea cumplida, todo esto, acudir a la justicia, que esta se manifieste en una sentencia y que el fallo sea cumplido, nos lleva ya no solo al acceso a la justicia sino a una tutela judicial efectiva, derecho de ámbito internacional que se integra al orden interno gracias al artículo 93 que hace referencia al bloque de constitucionalidad.

Por último, el próximo capítulo abordará las sentencias más trascendentes donde se vulnera más veces la tutela judicial efectiva y donde se puede observar la falta de eficacia de los fallos de tutela, como es en el sector de la salud.

Capítulo 3. Problemas presentados en el trámite de las acciones de tutela en la protección del derecho a la salud.

3.1 Las acciones de tutela frente al derecho a la salud

En Colombia se ha consolidado la costumbre de interponer acciones de tutela e incidentes de desacato para acceder a los servicios de salud. A esa conclusión llegó la Federación Nacional de Personeros (Fenalper) al constatar que “solo en 2012 estos despachos en todo el país reportaron más de 12.000 acciones de tutela y 2.607 incidentes de desacato para proteger este derecho fundamental”. (colprensa, 2013).

Tiempo después, en el año 2015 un informe que presentó la Defensoría del Pueblo, reporto que “cada 63 segundos se interpone una acción de tutela en el país y cada cuatro minutos se presenta esta acción judicial invocando el derecho a la salud”. (Defensoría, 2015)

Ante dicha situación podría pensarse que abría alguna reforma en la política pública en salud para mitigar la situación y disminuir las cifras de tutelas instando al cumplimiento del Estado en la garantía del derecho a la salud; pero no fue así ya que la defensoría reporto en el año 2016 un total de “118.281 tutelas interpuestas de las cuales el 70% se presentaron para reclamar servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud”. (La Opinion, 2016).

De igual forma manifestó la defensoría que “en la actualidad, se han reportado 25.000

acciones de tutela en todo el país buscando la protección al derecho a la salud”. (La Opinión, 2016).

El principal problema que se presenta con el trámite de tutelas de salud es la cantidad de tutelas que llegan diariamente, con base en la labor desarrollada en dos entidades del Estado, se pudo constatar, tanto del lado que proyecta las tutelas de los usuarios (Personería Municipal) como de la parte encargada de proyectar un fallo a estas tutelas (Juzgado Laboral del Circuito) que la tutela ha perdido su poder de coacción ya que las entidades prestadoras de servicios de salud ya no ven de mal modo aparecer entre las entidades más accionadas del país.

Los jueces señalan que, en muchas ocasiones, los expedientes llegan con información insuficiente sobre el estado de salud y la situación administrativa del caso, no obstante, cuando se hace el requerimiento, la EPS no responde o lo hace fuera del tiempo exigido, sumado a lo anterior, en los casos complejos de tutelas en salud los jueces enfrentan grandes dificultades para acceder a información cualificada y suficiente, debido al poco tiempo de que disponen para los fallos.

3.2 La congestión judicial con las peticiones de tutela.

La Constitución Política de 1991 consagró en su preámbulo y los Artículos 228 y 229 el acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental, buscando promover la solución pacífica de conflictos entre los ciudadanos de la república.

Para desarrollar tan importante función, se dispuso la creación de diferentes entidades que

tenían el deber de implementar la correcta administración de la Rama Judicial, así como promover y asesorar al Congreso y al Gobierno en las reformas necesarias para cumplir las expectativas de justicia de los colombianos.

Entre dichas entidades se encuentra el Consejo Superior de la Judicatura, el cual tiene como función todo lo relacionado con la administración de la Rama Judicial. Esto implica, entre muchas cosas, determinar el número de jueces que tendrá el territorio nacional de acuerdo al número de habitantes, la extensión del mismo y el presupuesto con el que se cuente para el año fiscal.

No obstante, a pesar de la finalidad de la constitución protectora del acceso a la justicia de los habitantes de nuestro país, uno de los graves problemas que enfrenta el país desde hace muchos años, es la congestión judicial. Muchos de los despachos que están repartidos por la geografía nacional deben concentrarse en resolver las solicitudes de los juzgados inferiores, causando un retraso en los procesos y por consiguiente demoras en la atención de la justicia.

De acuerdo con la Corporación Excelencia de la Justicia, uno de los factores que instan a que se produzca congestión judicial en nuestro país, es el bajo número de jueces que hay, ya que “Colombia tiene por cada 100.000 habitantes un promedio de 11 jueces. El estándar internacional, determinado por OECD, es de 65 jueces por cada 100.000 habitantes” (CEJ, 2017).

Sumado a lo anterior, se resalta como factores de la congestión judicial, la falta en algunos despachos de personal, lo cual hace los jueces se ocupen de diversas funciones para cumplir medianamente los requerimientos.

Ahora en lo correspondiente a la distribución de los jueces en Colombia, el sistema judicial colombiano está dividido en jueces promiscuos municipales, jueces municipales especializados, Jueces promiscuos y especializados del circuito, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Tribunales Administrativos, Altas cortes, los primeros caracterizados por tener como función resolver las controversias de índole (penal, civil, familia y laboral).

Se encuentran generalmente en lugares con una población pequeña. “No tienen competencia en temas relacionados con lo Contencioso Administrativo. Actualmente el país cuenta con 1.206 juzgados promiscuos municipales”. (Rama Judicial del Poder Público, 2017).

Respecto a los jueces especializados, tienen como función resolver controversias del ámbito penal y civil individualmente, a partir de criterios como la cuantía o la gravedad del delito. Su competencia la asigna la ley.

En materia penal existen los encargados del control de garantías, legalizando las capturas y la imposición de medidas de seguridad y de aseguramiento y, los de ejecución de penas, encargados de velar por las penas y redenciones, de acuerdo con la Rama Judicial (2017):

Colombia cuenta con 416 juzgados municipales de control de garantías, 251 juzgados penales de conocimiento, 151 juzgados de ejecución de penas y 668 juzgados civiles municipales con diferente competencia.

En lo correspondiente con los Jueces promiscuos y especializados del circuito. Se encargan de dirimir los conflictos en los ámbitos civiles, penales, familia, laborales y administrativos

individualmente.

Los mencionados jueces tienen competencia sobre varios municipios a lo cual se le llama circuito y resuelven las apelaciones de las providencias de los jueces municipales según su especialidad. También tienen competencia sobre asignaciones que les da la Ley y pueden especializarse en materia de restitución de tierras o en derecho penal para adolescentes, de acuerdo con la Rama Judicial (2017):

El país cuenta con 522 juzgados penales del circuito con funciones de conocimiento, 405 civiles, 337 de familia, 97 promiscuos del circuito, 280 laborales y 342 de carácter administrativo.

Sobre los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Tribunales Administrativos se encuentra que tienen competencia sobre varios circuitos judiciales. Resuelven generalmente asuntos en impugnación desde juzgados de circuito o municipales según el caso y, a sus miembros se les llaman magistrados, en la actualidad “hay en Colombia un total de 456 magistrados de la jurisdicción ordinaria y 176 de la administrativa”. (Rama Judicial del Poder Público, 2017).

A pesar de dicha organización, es insuficiente el personal para la atención de los procesos, a todo lo anterior se le suman los procesos congestionados antes de la puesta en práctica de la oralidad y añadiéndole como ingrediente final las acciones de tutela que son el pan de cada día de los juzgados, generando así un gasto de tiempo considerable debido al volumen de tutelas presentadas y a las graves consecuencias que pueden llegar a recaer sobre todo el juzgado de no ser falladas dentro de los 10 días hábiles estipulados por la ley.

Mora Judicial-Justificación por excesiva carga laboral no debe afectar el debido proceso sin dilaciones injustificadas (sentencia T-030/05, 2005)

El hecho de que la dilación en el trámite judicial no sea imputable a conducta dolosa o gravemente culposa alguna del funcionario, sino al exceso de trabajo que pesa sobre los despachos judiciales, puede, en principio, exculpar a aquellos de su responsabilidad personal, pero no priva a los administrados del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes. (sentencia T-030/05, 2005)

De acuerdo a lo anterior, la mora Judicial se evidencia cuando:

(i) se presenta un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial;

(ii) no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo; y

(iii) la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial. (Sentencia T-186 de 2017)

Finalmente, las tutelas en general y especialmente las de salud que diariamente son interpuestas generan una sobrecarga en las funciones de los despachos judiciales de todo el país, debido al volumen que llega, más las diferentes obligaciones que ya tienen estos empleados de la rama judicial sobre todo cuando hablamos de juzgados promiscuos como es el caso de Aguachica- Cesar, en el que todos los juzgados a excepción del laboral son de esta calidad.

3.3 El incumplimiento de los fallos de tutela

Como se observó en el primer capítulo de esta monografía, que los fallos de tutela cuentan con una serie de medios que permiten poderlos hacer valer, siendo uno de ellos el desacato, no obstante, el solo incumplimiento del fallo de tutela no da lugar a la aplicación judicial de una sanción por desacato, para que esto sea así, se hace necesario que se aporte al juez constitucional prueba de la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia o el fallo de tutela.

Es decir que no es dable presumir la responsabilidad del funcionario que omitió el cumplimiento del fallo judicial por el solo hecho del incumplimiento del fallo tutelar, pues en este tipo de procesos se deben seguir los principios del derecho sancionador.

Igualmente, las partes de este proceso deben tener en cuenta hasta cuando quedan obligados por el fallo de tutela y en qué momento este deja de surtir efectos, debido a que una decisión como está puede crear situaciones que se prolonguen mucho en el tiempo, como es el caso de las acciones de tutela interpuestas para garantizar el derecho a la salud, que incluyen tratamiento integral en el fallo y que debido a esto podrían presentar varios desacatos a futuro.

El decreto 2591 de 1991 en su artículo 27, aclara la duda anterior argumentando que una vez proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora y por lo tanto el juez mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza; permitiendo así poder presentar un incidente de desacato cada vez que sea incumplido lo ordenado en el fallo de tutela.

Así, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden o el fallo judicial y/o de tutela fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, en otras palabras, resaltó la sentencia “que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo”. (Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 2015).

Dado que el desacato busca determinar la responsabilidad subjetiva de los funcionarios por cuya culpa se ha ignorado el cumplimiento de la sentencia, jugando un papel importante los elementos propios del régimen sancionatorio *verbi gratia*, los grados y modalidad de culpa o negligencia con que haya actuado el funcionario, las posibles circunstancias de justificación, agravación o atenuación de la conducta, etc.”

Conclusiones

Durante la experiencia de la práctica en las entidades en las cuales como judicante, se observó una tendencia muy notoria de que se perdía la eficacia de la acción de tutela, debido a que las acciones para salvaguardar el derecho de salud presentadas en el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica alcanzaron un porcentaje del 59,26% que representa la cantidad de tutelas que terminaron en incidente de desacato, en cuanto a la Personería Municipal de Santa Rosa de Osos el porcentaje fue de 36,84% lo cual evidencia la misma tendencia, motivos que llevaron a realizar esta monografía de experiencias, que planteó analizar si la acción de tutela ha perdido eficacia en los fallos en el sector salud

Donde se encontró que en esta área, es decir las tutelas en el área de salud, son las más presentadas en los despachos judiciales de todo el país, ya que actualmente nuestro sistema de salud cuenta con muchas falencias que son de conocimiento público y ya es muy visto que sin un fallo de por medio las entidades prestadoras de servicios de salud no cumplirán con lo ordenado por el médico tratante.

El problema de todo lo anterior radica, en que el fallo otorgado por un juez está siendo incumplido a tal punto que los usuarios tienen que iniciar un incidente de desacato al fallo de tutela el cual está reglamentado por el decreto 2591 de 1991. Todo esto implica una demora en el proceso ya que se tienen que esperar otros 10 días hábiles para que el juez falle el incidente, también aumenta las labores en la administración de justicia y se pone en

riesgo el derecho a la salud al no cumplir algo que ya estaba respaldado no solo por el médico tratante sino por un juez de la república.

Es por esto que durante mi tiempo en dicha entidad, proyecté diferentes tutelas que buscaban proteger derechos fundamentales, pero el tema que predominó fue la realización de tutelas por la vulneración del derecho a la salud que en su mayoría tenían que recurrir al incidente de desacato.

Así mismo implica el rescate y reconstrucción de la experiencia relevante en el juzgado laboral del circuito de Aguachica cesar, en el sentido que hay factores que están incidiendo a la hora de garantizar el derecho real y efectivo de dar cumplimiento en materia de salud a las órdenes dictadas por un juez de la república, como son la costumbre de manifestar que tal medicamento u servicio no está incluido en el POS, que antes de cumplir con lo ordenado la secretaria de salud del departamento debe garantizar a la EPS el pago del gasto generado por ese usuario y en ultimas la dilación esperando dar cumplimiento solo si interpone incidente de desacato.

Esta precisión genera diferencias importantes ya que a las decisiones por las que puede optar el juez de tutela en lo que tiene que ver con el incumplimiento del fallo de tutela lleva consigo el desacato, esto es en el trámite de cumplimiento de la orden como el trámite de desacato se rigen por postulados diferentes.

Así, para verificar el incumplimiento de un fallo de tutela basta con que el juez

encuentre demostrado en primer lugar que la orden impartida no se ha materializado o no se ha cumplido.

En cambio, frente al desacato no basta solo demostrar el incumplimiento del funcionario en el fallo de tutela ya que se busca establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario, instancia procesal en la que juega un papel importante los elementos propios de un régimen probatorio y sancionatorio.

Finalmente, demostrar el incumplimiento de un fallo de tutela no es suficiente por sí sólo para concluir que hubo desacato ya que procesalmente para que este sea sancionable en los términos del 2591 de 1991 como consagra el artículo 52 se requiere que el funcionario este en posibilidad de cumplir la sentencia y omita hacerlo, es decir que haya una responsabilidad subjetiva.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, G. S. (Abril de 2012). Ambito juridico. Obtenido de Ambitojuridico.com:
http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11418
- Betancourth Giraldo, B. E., & Ocampo Ramos, L. F. (2013). Eficacia de la acción constitucional de tutela en colombia y de la acción constitucional de acción de protección en ecuador. Manizales: Universidad de Manizales.
- Colombia, Constitución Política, 1991.
- Colombia, Decreto 2591 de 1991 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.
- colprensa. (30 de mayo de 2013). El colombiano. Obtenido de
http://www.elcolombiano.com/historico/sin_tutelas_no_hay_derecho_a_la_salud_e_n_colombia_personeros-CBEC_244475
- Consejo de estado, sección quinta. Veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009)
 Radicación N°: 250002315000-2008-01087.
- (2017). Corporación Excelencia en la Justicia, CEJ. <http://www.cej.org.co/index.php/todos-justi/2566-tasa-de-jueces-por-habitantes-en-colombia-y-el-mundo>.
- Corte Constitucional, Sentencia 134 de 1994, MP Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia 243 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia C 018 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C 405 de 1996, MP Alejandro Martinez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C 543 de 1992, MP José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C 590 de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T 283 de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2006, MP Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

(s.f.). Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio .

Defensoria del Pueblo. (2015). Cada cuatro minutos se interpone una tutela por el derecho a la salud. <http://defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/4008/Cada-cuatro-minutos-se-interpone-una-tutela-por-el-derecho-a-la-salud.htm>.

Duran, P. (2011). Características de la acción de tutela. Medellín: Universidad de Antioquia.

España, Constitución Política, 1978.

Galindo, J. G. (2014). Análisis Jurídico: LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. . La voz del derecho.

La Opinion. (2016). Entrevista a defensor del pueblo encargado.

<https://www.opinionysalud.com/es-absurdo-que-70-de-tutelas-de-salud-sean-para-reclamar-servicios-del-pos-defensoria-del-pueblo/>: POS: Defensoría del Pueblo.

Perez , J. (2010). El mecanismo de la acción de tutela. Bogotá: Fundación universitaria minuto de Dios.

Rama Judicial del Poder Público. (2017). BOLETIN - JUSTICIA AL DÍA.

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2298212/0/BOLETIN+JUSTICIA+AL+DIA++SEPTIEMBRE++OCTUBRE++2017+ultima+version.pdf/f5e30fee-1bed-49b8-a661-65e551281ea7>.

RCN Radio. (09 de marzo de 2017). Estas EPS a pesar de fallos de tutela no cumplen con

la atención médica . Estas EPS a pesar de fallos de tutela no cumplen, págs.

<https://www.rcnradio.com/colombia/estas-eps-pesar-fallos-tutela-no-cumplen-la-atencion-medi>.

salud, M. d. (s.f.). Obtenido de

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/Papeles-en-salud-no-9.pdf>

sentencia T-030/05, T-765622 (Corte Constitucional 21 de Enero de 2005).

sentencia T-186/17, T-5896866 y T-5915213 (Corte Constitucional 28 de marzo de 2017).