## RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

| | |
|---|---|
| AUTORES | **MYRIAM MELO CORONEL** |
| FACULTAD | **FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES** |
| PLAN DE ESTUDIOS | **DERECHO** |
| DIRECTOR | **YERLY GALLARDO ARÉVALO** |
| TÍTULO DE LA TESIS | **LA ACCIÓN DE TUTELA CON RELACIÓN AL DERECHO DE LA SALUD EN OCAÑA, NORTE DE SANTANDER** |


### RESUMEN
(70 palabras aproximadamente)

BAJO EL MODELO ADOPTADO EN COLOMBIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, SE ESTABLECIERON MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPALMENTE A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE TUTELA. SIN EMBARGO, CUANDO SE TRATA DE LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, EXISTEN DIFERENTES CRITERIOS SOBRE LA SOLUCIÓN A LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE FRENTE A LOS MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO PLANTEADOS DENTRO DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD POS. BAJO ESTE CRITERIO SE DESARROLLO UN DEBATE JURÍDICO APLICANDO EL MÉTODO EXEGÉTICO.


### CARACTERÍSTICAS

| PÁGINAS: 53 | PLANOS: | ILUSTRACIONES: | CD-ROM: |
|---|---|---|---|

# LA ACCIÓN DE TUTELA CON RELACIÓN AL DERECHO DE LA SALUD EN OCAÑA, NORTE DE SANTANDER

**AUTORA**

**MYRIAM MELO CORONEL**

**Trabajo de grado modalidad monografía presentado para obtener el título de abogado**

**DIRECTORA**

**YERLY GALLARDO ARÉVALO**

**Abogado Titulado**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER SECCIONAL OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**

**Ocaña, Colombia** **Febrero, 2020**

# Dedicatoria

*Familia:*

*Gracia por estar al pie del cañón apoyándome y ayudándome a demostrar que la verdad siempre sale a la luz. La buena fe de las personas puede más que la de aquellas mal intencionadas que quieren dañar en un momento, la reputación construida en años.*

*Esta, mi segunda carrera, está dedicada a mi hija y a mi esposo.*

**"La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza a la justicia en todas partes."**

Martin Luther King, activista afroamericano de los derechos civiles.

MYRIAM MELO CORONEL

# Índice

**Capítulo 1. La Acción De Tutela En Colombia ..... 1**

1.1 La acción de tutela desde el contexto doctrinal ..... 1

1.2 La acción de tutela y su desarrollo constitucional en Colombia ..... 3

1.3 La acción social, Jurisprudencial y su perfeccionamiento natural. ..... 5

1.4 La Acción de Tutela Vs. Corte Constitucional. ..... 7

1.5 La tutela desde su amparo social. ..... 9

**Capítulo 2. Criterios jurisprudenciales en materia de improcedencia de la acción de tutela en los servicios de salud excluidos del POS (plan obligatorio de salud) .....11**

2.1 Contextualización de la improcedencia de la acción de tutela en materia de medicamentos y servicios excluidos del POS plan obligatorio de salud) ..... 11

2.2. Contexto normativo de la acción de tutela en Colombia ..... 14

2.3 Razonamiento de la Corte Constitucional en relación con procedencia e improcedencia de la acción de tutela en materia de salud en Colombia ..... 18

2.3.1 Criterios en materia de improcedibilidad de la acción de tutela en Colombia ..... 18

2.3.2 Procedencia de la acción de tutela en materia de salud sobre servicios o medicamentos excluidos del POS ..... 18

**Capítulo 3. Análisis de la improcedencia de la acción de tutela en relación con la autorización de servicios o medicamentos no POS, a partir de la situación en el municipio de Ocaña, Norte de Santander ..... 25**

**Conclusiones ..... 29**

**Referencias ..... 31**

# Introducción

La historia y la evolución de los derechos humanos, y especialmente la de los denominados de segunda y tercera generación, han venido escalando un papel protagónico, convirtiéndose en herramientas para la construcción de sociedades más justas y equitativas.

En Colombia, bajo la promulgación de la Constitución Política de 1991, se consagro un modelo de Estado Social de Derecho, en el que se adquieren nuevos compromisos en materia de protección de derechos, adaptando el marco jurídico hacia esta dirección, y creando políticas públicas encaminadas a la materialización de los mismos.

Bajo este contexto, la Constitución Política de 1991, creo para la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela, y de manera posterior, se establece una nueva reforma al sistema de salud en Colombia, mediante la Ley 100 de 1993.

Dentro del mismo contexto el Congreso de la Republica promulgo la Ley 1751 de 2015, conocida como Ley Estatutaria del Derecho a la Salud. A su turno, el sistema de salud en Colombia también ha experimentado cambios en los últimos años desde su creación. Los más destacados son los logros de cobertura universal y nivelación de los planes de beneficios para toda la población colombiana, inclusión de más tecnología para la salud, aumento de la oferta de prestadores de servicios, entre otros. (Defensoria del Pueblo, 2018)

La Ley 1751 de 2015, en su artículo 2º señala que: “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.  El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado

adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.".

Así que, el fin primordial es la atención de la salud, además de que los requerimientos exigidos no estén dentro del (POS) de tal forma la Corte Constitucional en la Sentencia T-120 del 2017, señala que:

> "La jurisprudencia de esta Corporación y la Ley 1751 de 2015, han establecido que la salud es un derecho fundamental que se define como, "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser".

Al mismo tiempo, se ha indicado que tal derecho se debe garantizar en condiciones de dignidad, dado que su materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado mediante la Ley 74 de 1968, contiene el compromiso por parte de los Estados de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud. Allí se señala que los Estados Partes del Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En otras palabras, el derecho a la salud implica el disfrute de

las facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar una calidad de vida mejor".

Sin embargo, durante los últimos años, la problemática que viven los usuarios del sistema de salud en Colombia, es bastante grave, teniendo en cuenta que la acción de tutelar los derechos de los mismos se ha desnaturalizado dentro de los procesos administrativos que llevan a acabo las empresas prestadoras del servicio de salud, estableciéndose limitaciones a la materialización del derecho a la salud.

La problemática, se ejecuta en el territorio nacional, sin embargo para efectos de la investigación jurídica planteada, se ha delimitado el análisis frente a la situación y los acontecimientos en el municipio de Ocaña, Norte de Santander.

La monografía plantea ejecutar un objetivo principal, en el cual sea hará un análisis en materia de la materialización de la acción constitucional de la tutela para la garantía del derecho a la salud, en el municipio de Ocaña, cuando se trata de la autorización de medicamentos que no se encuentran dentro del POS.

El desarrollo del objetivo principal, plantea que se estructuren tres objetivos específicos, dentro de los cuales se propone identificar el marco teórico, doctrinal y jurídico de la acción de tutela, seguidamente pasaremos a analizar la acción de tutela en Colombia, para lo cual se consultaran fuente legislativas, constitucionales y jurisprudenciales y finalmente delimitando la problemática de la desnaturalización de la acción de tutela en materia de salud en el municipio de Ocaña, se expondrá la misma y se hará una reflexión sobre la temática, extrayendo las conclusiones de la autora de la monografía.

Como problema jurídico se plantea responder al interrogante ¿En qué casos se niegan las pretensiones dentro de la acción de tutela en los servicios de salud y en los medicamentos entre otros, excluidos del POS (PLAN OBLIGATORIO DE SALUD) en Ocaña (Norte de Santander)?

La metodología que se aplicara en el desarrollo de la monografía será el método exegético, que comprende en análisis interpretativo del cuerpo legal y jurisprudencial que enmarcar la acción de tutela en Colombia en relación con la materialización del derecho a la salud en lo referente a los servicios y medicamentos que no se encuentra incluidos en el POS.

Las fuentes de consulta para el desarrollo de la monografía se enfocan en bibliografía jurídica, que estará compuesta por doctrina jurídica, normatividad vigente, análisis jurisprudencial y consulta de artículos e investigaciones referente al tema.

# Resumen

La actual monografía investigativa, se estudiará a partir de la improcedencia de la Acción de Tutela en los Servicios de Salud Excluidos del POS (Plan Obligatorio de Salud) en Colombia, todo esto con el fin de determinar qué tan efectivas son las tutelas que tienen que ver con el sector de la salud, la cual para muchos no es mentira que estos servicios de salud hoy en día se han convertido en una odisea para las personas en nuestro país, convirtiéndose así en un tire y afloje de las empresas promotoras de salud, todo esto con el fin de evitar pagar costosos tratamientos, la entrega de medicamentos y de por si el evitar el pago de costosos exámenes, sin hablar del acceso a los médicos especialistas.

Sumado a lo anterior , es transcendental entender que actualmente concurren particularidades o elementos que conciben que dichas tutelas de salud con respecto al no POS lleguen a ser improcedentes, es de ahí que normalmente todo esto se da con el fin de no cometer errores cuando de ellas se traten, ya que son revisadas de una manera profunda dadas muchas veces por los jueces de la república, que muchas veces temen en fallar en derecho y se basan de otros conceptos que por lo general afectan muchas veces a los usuarios del servicio de salud, es así que muchas veces estos tipos de tutelas son revisadas en segunda instancia, los cuales no permiten que una tutela proceda y más este tipo de peticiones sobre el servicio de salud frente a los que no se encuentran dentro del POS (Plan Obligatorio de Salud). Este tipo de tutelas tiene una particularidad frente a otras tutelas ya que son casos especiales los cuales demandan una mejor atención por parte del sistema judicial.

La sinopsis legal para la improcedencia de la tutela para los servicios de los no (POS) en Colombia es sutilmente perceptible, ya que es una forma de investigación que inicia desde lo

general a lo particular, en lo cual lanza algunos elementos exactos para la real aprobación de este tipo de tutelas especiales en nuestro país.

Durante la investigación se tiene en cuenta que, para que una tutela sea procedente debe cumplir con una serie de requisitos exigidos por la Corte Constitucional, los cuales son: 1. Que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; 2. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; 3. Que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; 4. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo (SCHLESINGER, 2017). Por lo anterior, al no tener en cuenta estos requisitos, las tutelas son inadmitidas por los Jueces.

Es así que, conociendo que la tutela va de lo particular a lo general, en este trabajo se prioriza algunos elementos exactos para la aprobación de la misma; para evitar la demanda de tutelas impropias.

**PALABRAS CLAVE:** Tutela, derecho, principio, servicio, protección, impropias, salud.

# Abstract

The current monograph investigative, the Action of Guardianship one will study from " in the cases of the Services of health as for medicines and others excluded from the POS (Obligatory Plan of Health) in Ocaña (North of Santander) ", all that in order to determine, what so proceeding they are the guardianships that they have to see with the sector of the health, which for many is not a lie to indicate that these services nowadays have turned into a problem for the persons into our municipality; since often the EPS avoid to pay costly treatments, specialized examinations, delivery of medicines and the consultations with medical specialists.

During the investigation there is born in mind that, in order that a guardianship is a proceeding debit to expire with a series of requirements demanded by the Constitutional Court, which are: 1. That is absent of the medical service damages or threatens the rights to the life and to the personal integrity the one who needs it; 2. That the service could not be replaced with other one that is included in the obligatory plan; 3. That the interested party could not finance directly, not the sums that the entity entrusted to guarantee the service is authorized to receive legally, and could not accede to the service for another different plan that he it benefits; 4. That the medical service has been arranged by a doctor assigned to the entity entrusted to guarantee the service whom it is requesting it. "For the previous thing, on not having born these requirements in mind, the guardianships are unadmitted by the Judges. It is so, knowing that the guardianship goes from the particular thing to the general thing, in this work some exact elements are prioritized for the approval of the same one; to avoid the demand of improper guardianships. KEY WORDS: Guardianship, rights, beginning, service, protection, improper health.

# Capítulo 1. La Acción De Tutela En Colombia

## 1.1 La acción de tutela desde el contexto doctrinal

Para dar inicio al capítulo es preciso comenzar a hablar de la acción de tutela, a partir de los antecedentes y su origen. De esta forma, encontramos que la acción de tutela es una figura que surge a partir de 1801 en Estados Unidos, bajo el caso denominado Marbury vs. Madison. (Garay 2009).

A partir de su aparición, otros Estados han adoptado dicha figura dentro del ordenamiento jurídico interno de cada uno, buscando garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. (Garay 2009).

En países latinoamericanos también surgió la adopción de esta figura. Por ejemplo en México se adoptó en 1854, incluyéndola dentro de la norma que regula el recurso de amparo, y estableciendo como obligación del proteger los derechos establecidos en la Carta Política y de especial protección.

Por su parte en España también se incluyó dentro de su legislación y reforma de 1921, la acción de tutela, como un mecanismo de protección a los derechos constitucionales. Es decir, que los demás países, siguieron el modelo que se había implementado en Estados Unidos, y dentro de su marco jurídico introdujeron la regulación normativa para su procedencia y materialización de estos derechos.

En el caso de Colombia, la acción de tutela, fue el gran referente de la Constitución Política de 1991, puesto que la Carta Política de 1886, no se estableció ninguna disposición

enmarcada en la protección de derechos mediante esta figura; a pesar de haberse realizado varias reformas, durante sus más de 100 años de vigencia, de acuerdo con las realidades sociales de cada época. Es decir, que la acción de tutela se puede determinar como la gran novedad, teniendo en cuenta que la misma se funda en la transición hacia un Estado Social de Derecho, fundado adema en la dignidad humana y los demás principios que se reglamentan en la misma.

Dentro del mismo contexto, hemos de determinar la definición de la misma. De esta forma, encontramos que la acción de tutela es una garantía constitucional para la materialización de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De acuerdo con la definición que hace Correa, (2001) "la Acción de Tutela es una acción judicial autónoma, de origen constitucional, para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales". Es decir, que se contextualiza bajo el objetivo de la protección de los derechos fundamentales, siendo su origen de índole constitucional y su filosofía autónoma.

Desde otro contexto mas amplio, se define la accion de tutela a partir de la Constitucion Potiica de 1991, en el articulo 86, como "la garantía que ofrece la Constitución de 1991 del derecho que tienen todas las personas a la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales".

Esto está expresado en el Artículo 86 de la Constitución: al indicar 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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La Acción de Tutela se refiere a los derechos fundamentales de las personas; es decir, todos aquellos derechos que son necesarios para las personas que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca. Según la Corte Constitucional, el que un derecho sea fundamental no se puede determinar sino en cada caso, según la relación que dicho caso tenga con uno u otro derecho fundamental; es decir, que la misma Constitución no menciona claramente cuáles son los derechos fundamentales que tiene cada persona si no que se refiere a como vayan resultando cada uno de estos derechos y que sean indispensables para las personas. (Blacio, 2012)

**1.2 La acción de tutela y su desarrollo constitucional en Colombia**

La acción de tutela como ya se ha mencionado corresponde a una novedad de la Constitución Política de 1991, donde se estableció la necesidad de plantear un mecanismos protector de los derechos fundamentales reconocidos por la misma, y además que garantizará las disposiciones enmarcadas dentro del Estado Social de Derecho.

A partir de este fundamento, la Constitución Política de 1991, consagro la acción de tutela dentro del artículo 86, de la siguiente forma:

> "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 en 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".
>
> "La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión".
>
> "Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".
>
> "En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución".
>
> "La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión".

Lo que determina, que a partir de esta disposición constitucional, en Colombia se consagra la acción de tutela como el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos fundamentales, siendo estos también reconocidos dentro de la Carta, pero además ampliados a

través de la fuerza vinculante del precedente expedido por la Corte Constitucional, que también fue una novedad de la Constituyente de 1991.

De esta forma, el artículo 86, deja preceptuado que este mecanismo le permite a todas las personas, de interponer la acción, ante cualquier juez, en cualquier momento y lugar, y en nombre propio o a través de un tercero, con el objetivo de la protección de sus derechos fundamentales.

Además de ello, el artículo de la Constitución Política, establece que la procedencia de dicha acción, será cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, que impida la violación o perjuicio irremediable de su derecho. Es decir, que en caso de existir otro mecanismo, esta será utilizada solo como medio transitorio para evitar el perjuicio a su derecho.

Respecto a los términos para dar respuesta y solución a las pretensiones del accionante, establece la Constitución Política, que este no podrá exceder de 10 días para la misma.

Y finalmente, el artículo 86, dispone sobre las situaciones que deberá regular la ley, en casos de la procedencia sobre particulares que presten servicios públicos o que cuya conducta atente contra la materialización de los derechos fundamentales de quien se halle en estado de subordinación renuente o indefensión

**1.3 La acción social, Jurisprudencial y su perfeccionamiento natural.**

Al expedirse la Carta Magna o la Constitución política de Colombia, nace a la luz pública la ley 2591, del 19 noviembre de 1991, donde surge la acción de tutela , la cual fue suscripta por el señor Presidente César Gaviria, la cual dada por la facultad recibida en el artículo 5 , literal (b) de la Carta Política; y, subsiguientemente, dicha ley fue regulada, por el decreto presidencial

306 del 19 de febrero de 1992, preceptuado, con asiento en las potestades concedidas por la Constitución Política en su artículo 189, numeral 11.

Ahora bien, un tiempo después, la acción de tutela empezó hacer utilizada por los ciudadanos los cuales concurrieron a su auxilio para lograr el respeto y el cumplimiento de sus derechos:

Así por ejemplo, muchos jóvenes se enfrentaron por este medio, ante las adversidades de las instituciones educativas con el fin de hacer respetar sus derechos como estudiantes, y en muchos casos, lograr frenar los abusos que existían en algunos planteles educativos. Pongamos por caso, niñas en estado de embarazo, no fueron expulsadas; jóvenes de cabello largo, exigieron mantener su libre desarrollo a la personalidad, entre otros.

En particular, campesinos y nativos vencieron a los que se creían invencibles terratenientes y poderosos administradores; las clases obreras solicitaron con triunfo y a tiempo sus salarios retenidos ilegalmente; numerosos presos la imploraron para conseguir su libertad, ante medidas de aseguramiento ilícitas; individuos de la tercera edad alcanzaron su pensión, personas en estado grave de salud lograron que las EPS bridaran los servicios médicos y procedimientos adecuados, sin los cuales hubieran fallecido; a los desplazados les fueron aprobados muchos auxilios humanitarios por esta vía.

Es así como la acción de tutela se ha ido posesionando muy rápidamente en nuestro diario vivir, gracias a ciudadanos que han buscado el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. La tutela se convirtió en la manera de hacer respetar los derechos de las personas sin distinción de raza, edad, origen, sexo, o posición económica ni política.

En síntesis, la Tutela ha sido un éxito, porque en su primer año de ejercicio los juzgados y tribunales les fueron radicados más de 10.000 acciones de tutela, todo esto ya que, cualquier persona puede instaurarla sin la necesidad de un apoderado, así como su presentación es muy sencilla. Igualmente, su expedita y acertado vigor, discrepó con un sistema judicial que dejaba sin piso los derechos tras años de arduos pleitos.

**1.4 La Acción de Tutela Vs. Corte Constitucional.**

En su ánimo garantista que suscitó la tutela, creó o generó una necesidad en la Asamblea Constituyente, entendiendo que el Estado Social de Derecho podría quedar resegado y solo plasmado en un documento; y realmente no se llegarían a alcanzar todos esos pensamientos revolucionarios con respecto a la protección de los ciudadanos quedándonos con un régimen antiguo, el cual pretendía mantener esos tipos de modelos autoritarios, monoculturales, centralistas y en un menoscabo de los derechos fundamentales, es por eso que, en aras de una mejor protección, la Corte Constitucional como un verdadero tribunal decide velar y proteger todos estos derechos constitucionales guardando la distinción y superioridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Nuestra Corte Constitucional se estableció para instituir los modelos usuales del ordenamiento jurídico, por medio de algunas sentencias, todo esto con el fin de que su jurisprudencia, afirma la observancia y el progreso democrático de un Estado social de derecho; la segmentación y ponderación de las ramas del poder público; el ejercicio y la ayuda conforme entre los otros poderes del Estado; y ronde el seguro amparo de los derechos fundamentales; de igual modo, por medio de su capacidad en la exploración de los métodos de la acción de tutela.

Así, lo expresa el periodista Gabriel Bustamante, y señala que: “la Corte Constitucional, para el cumplimiento de su misión, se manifiesta bajo tres tipos de sentencias:

> Las sentencias de tutela (T), dirigidas a proteger efectiva y oportunamente los derechos fundamentales, donde la Corte ejerce esta competencia por su labor de revisión de los fallos de tutela;
>
> Las sentencias de unificación de jurisprudencia, (SU), que se presentan cuando un proceso de tutela representa, en su análisis e interpretación, un cambio jurisprudencial respecto a la posición tradicional de la Corte y amerita una sentencia de unificación, o cuando la importancia del caso implica una decisión de sala plena; y,
>
> Sentencias de control constitucional ©, por medio de las cuales la Corte garantiza que algunos actos y leyes se ajusten a los postulados de la Carta so pena de declararlos total o parcialmente inexequibles”. (Peña, 2011)

Por lo tanto, la Corte Constitucional teniendo en cuenta estas potestades, ha creado una sublevación social y política, por medio de una jurisprudencia de vanguardia que en el apuro de lograr la innovación ha conseguido estimular al ejecutivo y al mismo legislativo hacia una cimentación de Estado asegurador en la protección de los derechos humanos. Así mismo, entregadas las anomalías dadas por los adelantos jurisprudenciales en dispositivo de la corte constitucional con respecto a los derechos humanos y las morosas o abolidas refutaciones del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, la misma Corte ha conseguido perturbar con

sus sentencias las políticas públicas, traspasando los fines conformes en que se ha clasificado al poder judicial.

**1.5 La tutela desde su amparo social.**

Nuestro país siendo un Estado social de derecho, se ha encaminado institucionalmente por medio de las jurisprudencias y los pronunciamientos de las altas Cortes, con el fin de promover las practicas frente a los postulados de protección frente al amparo social, el cual demarca una gran diferencia sobre el respeto de los derechos fundamentales y el acatamiento de los convenios universales de nuestro país con respecto a la priorización de los derechos humanos.

De tal forma, en el respeto de estas premisas, la Corte Constitucional creó una herramienta que, al pasar de todos estos años, sigue siendo un lindarte que consolida una verdadera metamorfosis sosegada de la sociedad.

"De ahí, que, ante violaciones masivas y generalizadas de derechos humanos y la imposibilidad de proteger los derechos constitucionales de grandes franjas de la población a través de tutelas individuales, surge, por la jurisprudencia de la Corte, el desarrollo social de la acción de tutela a través de sentencias estructurales como la T-760 de 2008, que obliga al gobierno colombiano a construir un Plan Obligatorio de Salud más incluyente.

De manera semejante, la forma más elaborada de tutela social, los estados de cosas inconstitucionales, donde la Corte evidencia una violación masiva de derechos humanos de un grupo determinado, y la falta de voluntad e incapacidad del Estado para poner fin a esa realidad contraria a la Constitución. Es el caso de la sentencia T-025 de 2004, que declara el estado de cosas inconstitucional frente a la situación de la población desplazada y obliga al gobierno

colombiano a disponer de los recursos necesarios, generar políticas públicas integrales y coordinar la acción del Estado para atender oportuna y eficazmente a la población víctima del desplazamiento forzado". (Peña, 2011)

Ahora bien, alcanzamos a ver, el sentido de propiedad que tienen todos nuestros conciudadanos en el tema de la acción de tutela, frente a las jurisprudencias modernistas y alucinadas que tiene la Corte Constitucional, los cuales vienen creando una auténtica sublevación social los cuales han rejuvenecido al Estado colombiano, en un inquebrantable apuro con fuertes haberes políticos, económicos, sociales que notaron intimidados sus prerrogativas comprobadamente impuestos en Colombia.

Es así, que a la fecha, y con todo el prestigio que le ha dado la Corte al tema de la tutela, en el ámbito de una protección real frente a los derechos humanos, dándosele un fundamento pleno y lleno de todas las condiciones legales que ofrecen nuestros legisladores, y desde la misma protección dada por la Constitución política, dicha herramienta sigue teniendo seguidores en su contra buscando de alguna manera generar cambios legislativos en ella, con el fin de desproteger el bien común y la integridad de los colombianos, los cuales sentimos que la acción de tutela es el medio idóneo para nuestra propia protección.

# Capítulo 2. Criterios jurisprudenciales en materia de improcedencia de la acción de tutela en los servicios de salud excluidos del POS (plan obligatorio de salud)

## 2.1 Contextualización de la improcedencia de la acción de tutela en materia de medicamentos y servicios excluidos del POS plan obligatorio de salud)

La acción de tutela, es un mecanismo encaminado hacia la protección de los derechos fundamentales de las personas, bajo el mandato de la Constitución Política de 1991. De esta forma, cuando se traslada la aplicación de la misma en materia de salud, se pueden establecer diversas problemáticas, teniendo en cuenta los vacíos que presenta el cuerpo legal, sobre el cual se constituye el Sistema de Seguridad Social en Colombia.

Bajo este contexto, el objetivo principal de este acápite, se constituye para identificar los lineamientos de la Corte Constitucional, en materia de criterios frente a la improcedencia de la acción de tutela, cuando se trata de la aprobación de servicios y medicamentos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, POS.

De acuerdo con los datos suministrados en diferentes portales de internet, en Colombia durante el año 2008 al 2010, se elevaron un total de 128.635 acciones de tutela en materia de salud. Autores como Uprimny (2014), aseguran que dichas acciones de tutela, son presentadas ante el sector de la salud teniendo en cuenta la necesidad y urgencia de cada una de las personas que desean un tratamiento médico oportuno, que les permita garantizar la vida propia o de los

suyos, y que no poseen el respaldo y la garantía suficiente por parte de las entidades prestadoras del servicio.

De acuerdo con el estudio que hace la Corte Constitucional, mediante Sentencia 316 de 2008, manifiesta que:

> "Este fenómeno obedece a la eficacia de la acción y la negativa continuada de los aseguradores, principalmente, en garantizar el acceso a los servicios de salud generando un desequilibrio evidente en la relación de salud (asegurador-asegurado) y el desespero ciudadano en recibir una pronta solución a un padecimiento". (Corte Constitucional, Sentencia 316 de 2008)

Es decir, que la grave problemática se evidencia en los procesos administrativos de las empresas encargadas de la prestación del servicio, toda vez que la ausencia de vigilancia y control por parte del Estado, configura la afectación a los derechos de los usuarios y también las desmedidas cifras en materia de acciones de tutela para la protección del derecho a la salud.

Dentro del mismo contexto, la Corte Constitucional en análisis de la Sentencia T-1112 de 2004 sostuvo que el derecho a la salud se ampara bajo la acción de tutela, toda vez que su afectación, amenaza o vulneración, pone en riesgo la materialización de otros derechos fundamentales con los cuales tiene relación directa. Y sostiene además que cuando se trate de casos en los cuales se limita el derecho a la salud y a la vida, en situaciones graves y que se encuentran no autorización de cirugías, , "tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aun contemplados en normas legales o reglamentarias, la jurisprudencia ha permitido que el juez de tutela ampare los

mencionados derechos teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos constitucionales superiores".

Lo que permite establecer, que de acuerdo con el precedente jurisprudencial, las empresas prestadoras del servicio de salud, tienen prohibido negar los derechos al paciente, por pretextos de contenido económico, toda vez que prevalecen los preceptos dispuestos en la Constitución Política, siendo esta a su vez la norma superior.

Se debe entonces concluir que en los eventos en los que el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud puedan verse amenazados o comprometidos, como resultado de la no realización de procedimientos médicos, diagnósticos dilatados en el tiempo, no entrega de medicamentos por razones de índole económica; deberán por tanto los demandantes, en sede de tutela, ser protegidos por los jueces constitucionales para garantizar así la primacía de los derechos fundamentales, previo agotamiento de instancias ante las EPS.

Ahora bien, analizando nos damos cuenta, que por la falta de un verdadero reajuste en la salud implícita en los métodos de la formulación de los servicios médicos, de medicamentos, autorizaciones de exámenes, entre otros, y la constante modificación de los términos para poder permitir el acceso a los servicios No POS, se ha forjado una alud de solicitudes por medio de las acciones de tutela para convenir a los servicios de salud en general, toda vez, que existiendo una medida sobre los mismos en cuanto a los No POS, no existe un encargado que de alguna manera pueda autorizarlos sin llegar a la necesidad de la tutela; es de allí donde nacen dichas improcedencias. Por ende, todo esto genera, el tema de improcedencias siendo definidas jurisprudencialmente.

Es por eso que, hace escasamente cuatro años se confirmó la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015 en el tema de la salud, y se ubicó el derecho a la salud dentro de los derechos fundamentales, aunque la Corte Constitucional ya había ratificado la necesidad desde mucho tiempo atrás. Todo esto con el fin de que no se declaren improcedentes las acciones de tutela frente a los servicios de salud del No POS.

## 2.2. Contexto normativo de la acción de tutela en Colombia

Como lo hemos mencionado en el primer capítulo, la acción de tutela en Colombia, se configuro mediante la Carta Constitucional de 1991, a partir del artículo 86.

Posterior al mandato de la Carta Política, se promulga el Decreto No. 2591 del 19 de noviembre de 1991, que reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. En dicha norma, se plantea que el objeto de la acción de tutela, es permitirle al ciudadano que materialice sus derechos, a través de la interposición de un mecanismos preferente y sumario, que lo podrá interponer por sí misma o por quien actúe a su nombre, para 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, y aclara que en materia de términos y todos los días y horas, son hábiles para interponer este mecanismo.

Con posterioridad, se promulga el Decreto 306 de 1992**,** donde se establece que la acción de tutela es un mecanismos garante exclusamente de los derechos constitucionales fundamentales, y, por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo

tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior". (Decreto 306, 1992)

Y de manera reciente, se promulgo el Decreto 1983 de 2017, donde el Presidente de la Republica en uso de sus facultades, establece en materia de reparto de las acciones de tutela, las siguientes disposiciones:

> **Reparto de la acción de tutela.** Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:
>
> 1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.
>
> 2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.
>
> 3. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la Republica, del Contralor General de la Republica, del Procurador General de la Nación, del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la Republica, del Contador General de la Nación y del Consejo Nacional Electoral serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos.

4. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones de los Fiscales y Procuradores serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad judicial ante quien intervienen. Para el caso de los Fiscales que intervienen ante Tribunales o Altas Cortes, conocerán en primera instancia y a prevención, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura. Para el caso de los Procuradores que intervienen ante Tribunales o Altas Cortes, conocerán en primera instancia y a prevención, los Tribunales Administrativos o las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales.

5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

6. Las acciones de tutela dirigidas contra los Consejos Seccionales de la Judicatura y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

7. Las acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto.

8. Las acciones de tutela dirigidas contra el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia y a prevención, a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de

> conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto.
>
> 9. Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación.
>
> 10. Las acciones de tutela dirigidas contra autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.
>
> 11. Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y estas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente artículo.

De acuerdo con dichas disposiciones normativas, la acción de tutela se ha configurado dentro del marco normativo en Colombia, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, siendo un mecanismo ampliamente garante de la materialización de los derechos constitucionales fundamentales, y que además en materia de salud, se acciona cuando existe riesgo de vulneración de otros derechos fundamentales y también se prohíbe que las empresas prestadoras de salud, bajo argumentos de tipo económico, limite el proceso de aprobación de cirugías y demás procedimientos, toda vez que priman los preceptos establecidos mediante la Carta Política de 1991.

## 2.3 Razonamiento de la Corte Constitucional en relación con procedencia e improcedencia de la acción de tutela en materia de salud en Colombia

**2.3.1 Criterios en materia de improcedibilidad de la acción de tutela en Colombia.** De acuerdo con la Corte Constitucional en Colombia, además de los criterios del Decreto 2591 de 1991, para la improcedencia de la acción de tutela, existen además, los siguientes criterios, ampliados a través de la jurisprudencia de dicha corporación.

El primero de ellos, se encuentra enmarcado mediante la Sentencia T-951 de 2013, donde la Corporación asegura que la acción de tutela será improcedente cuando la misma no se soporte en hechos objetivos.

La siguiente causal de improcedencia se encuentra delimitada sobre Sentencias como T-373/14, T-093/18 y T-470/18, donde la corporación asegura que es improcedente la acción de tutela cuando el accionante discrepa sobre una interpretación sustantiva o probatoria.

Y finalmente bajo la Sentencia T. 072 de 2018, se establece que será improcedente la acción de tutela cuando se incumple con la carga de demostrar la existencia de fraudulenta.

**2.3.2 Procedencia de la acción de tutela en materia de salud sobre servicios o medicamentos excluidos del POS.** A través de la Sentencia T-171 de 11 de abril de 2016 Corte Constitucional, realizó un estudio jurídico sobre la inaplicación excepcional de la normatividad que regula el POS con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, donde reitera, que le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegética de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos

servicios, medicamentos y elementos no incluidos conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

En ese escenario, el juez de tutela debe inaplicar en el caso concreto dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados, es decir que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la constitución y, en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento o el elemento solicitado, o llevar a cabo el procedimiento o servicio requerido por el paciente; de igual manera, también aplica cuando se trata del suministro de elementos o servicios que se estiman esenciales para "preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales". (Corte Constitucional, Sentencia T-171/16, 2016)

Dentro del mismo contexto, se identificó la Sentencia T-062 de 2017, donde la Honorable Corporación realizo el estudio sobre el acceso a tratamiento médico o medicamento excluido de los POS-criterios constitucionales para acceder a servicios No POS.

La accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, que se ordene a la entidad demandada autorizar el servicio de transporte que requiere para trasladarse a las correspondientes citas médicas y sesiones de terapia necesarias, como consecuencia de su condición de paraplejia. De igual manera, que se brinde el respectivo tratamiento integral para tratar su enfermedad, eximiéndola del pago de copagos o cuotas moderadoras.

El Plan Obligatorio de Salud, actualmente regulado por la Resolución No. 5592 de 2015, establece todos aquellos servicios a los que tienen derecho quienes se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud y, por consiguiente, son las EPS las que deben asumir aquellos gastos relacionados con su prestación.

A la luz de lo señalado, existen algunos servicios que se encuentran excluidos de este plan, lo que tiene como fundamento la sostenibilidad financiera, pues, debido a que los recursos del sistema son limitados, se debe propender hacia su adecuado manejo económico que, de alguna manera, justifica la cobertura delimitada, situación que ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional.

En ese orden, en principio, cuando el servicio que se requiere se encuentre excluido del POS, no es obligación de la EPS cubrirlo y, por tanto, debe ser asumido por el paciente. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, si bien, ha aceptado las mencionadas exclusiones, como se vio en el párrafo precedente, también ha sido enfática en señalar que existen determinados casos en los que la no prestación de un tratamiento, procedimiento o medicamento, bajo el argumento de encontrarse por fuera de lo señalado en el citado plan, puede afectar gravemente el derecho fundamental a la salud de una persona, dado que existe la posibilidad de que no cuente con los recursos necesarios para asumirlo por cuenta propia y no se prevea una alternativa que permita conjurar la afectación que padece. Por lo tanto, la regla que se plantea no es absoluta.

Bajo esa perspectiva, la Corte ha establecido que para que proceda la autorización y realización de un servicio a cargo de la EPS, aunque se encuentre excluido del POS, se deben acreditar los siguientes requisitos:

> "(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
>
> (ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
>
> (iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;
>
> (iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

En virtud de lo anterior, se observa que todo servicio cuya inclusión no se encuentra prevista el Plan Obligatorio de Salud, incluyendo, insumos, suplementos o ayudas técnicas, deben ser autorizados y asumidos por las entidades correspondientes, de evidenciarse los supuestos antes mencionados.

Así, las cosas, se infiere que, si bien el Plan Obligatorio de Salud contempla ciertas exclusiones en pro del equilibrio financiero del sistema, esta Corte ha admitido que, en aquellos eventos en los que el afiliado requiera un servicio que no se encuentra bajo esta cobertura, pero la situación fáctica da crédito de los requisitos antes establecidos, es obligación de las EPS autorizar dicha solicitud, pues lo que debe prevalecer es la garantía efectiva del derecho fundamental a la salud del afiliado". (Corte Constitucional, Sentencia T-062/17, 2017)

A través de la Sentencia T-760 del 2008, la Corte Constitucional aborda varios casos en los que se invoca la protección del derecho a la salud –concretamente, el acceso a servicios de salud que se requieren–, cuya solución ha sido clara y reiterada en la jurispru-dencia de esta Corporación. Estos casos se refieren a diversas situaciones en las cuales el acceso a los servicios de salud requerido fue negado. Estas situaciones son las siguientes: acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, POS, sometidos a pagos moderadores; acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo; reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno; acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad; acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores; acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona; libertad de elección de la 'entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud' y duda acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS y procedencia del recobro. También fueron repartidos a esta Sala casos en los cuales alguna EPS pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS. (Corte constitucional, Sentencia T-760/08, 2008)

Dentro de la providencia T-036 del 2017, la Corte Constitucional, analizó la vulneración de derechos fundamentales por parte de la E.P.S. accionada se atribuye a la negativa de suministrar al actor un medicamento que fue formulado por un médico no adscrito a la entidad, para tratar los problemas de coagulación sanguínea que padece. La accionada justificó su actuación en el hecho de que el peticionario no radicó orden médica expedida por médico

tratante adscrito a su red de servicios, como tampoco el formato de justificación de medicamentos NO POS ante el Comité Técnico Científico.

Dentro de la misma, la Honorable Corporación que al derecho fundamental a la salud y al diagnóstico como componente integral del mismo y como decisión final, se le concede al peticionario el amparo solicitado y se advierte a la entidad que cuando tenga conocimiento de una acción de tutela mediante la cual uno de sus afiliados solicite el reconocimiento de un servicio de salud excluido del POS, adelante las gestiones necesarias y que estén en el marco de sus competencias para garantizar un diagnóstico efectivo al paciente que le permita determinar cuál es el tratamiento adecuado para la enfermedad, evitando en todo caso imponer barreras administrativas e invocar argumentos que sean contrarios a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia T-036/17, 2017)

De esta forma se puede evidenciar, que bajo los criterios de la Corte Constitucional, y fundándose en lo establecido por la Carta Política de 1991, el derecho fundamental a la salud, no es negociable bajo ninguna circunstancia con los requerimientos de los procesos administrativos de las EPS, pues la primacía del mismo, comprende la garantía integral de otros derechos, razón por la cual es inoperante la improcedencia de la acción de tutela, cuando se trate de servicios o medicamentos no incluidos dentro del POS, porque la salud integral prima como una garantía dentro del contexto jurídico y proteccionista del Estado Social de Derecho.

En jurisprudencia más reciente, la Corte Constitucional analizó la problemática del cubrimiento de servicios e insumos excluidos del POS, mediante Sentencia T-235 de 2018, donde se discute el problema jurídico sobre la vulneración de derechos fundamentales a E.P.S. que se negaron a autorizar la práctica y/o suministro de procedimientos, elementos o insumos

excluidos del Plan de Beneficios de Salud y requeridos por pacientes considerados en situación de vulnerabilidad ya sea por presentar serios quebrantos de salud o por la edad que tienen, en tanto en su mayoría son adultos mayores o como en un caso, una menor de tres años. Dentro de la misma, nuevamente la Corporación hace énfasis en la protección y primacía de los derechos fundamentales, razón por la cual tampoco se puede configurar que opere la improcedencia de la acción de tutela.

Determinando de esta manera como, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han establecido pautas, requisitos y subreglas específicas, que en nuestro ordenamiento jurídico no existían, para que el habitante colombiano al momento de instaurar la acción constitucional de tutela para salvaguardar su derecho a la salud, solicitando un medicamento o tratamiento excluido del POS, la misma, sea admitida, y no caiga en el riesgo que actualmente se está evidenciando, que bajo los criterios formulados por la Corte Constitucional, existe un amplio escenario de protección jurídica para la inoperancia de la improcedencia de la acción de tutela, en materia de solicitudes de medicamentos o servicios no POS, puesto que los casos en los cuales se ha establecido, su configuración aplica hacia la improcedencia por formalidades en materia del proceso establecido por la empresa prestadora del servicio de salud, y no por criterios enmarcados en la desnaturalización del derecho a la salud.

# Capítulo 3. Análisis de la improcedencia de la acción de tutela en relación con la autorización de servicios o medicamentos no POS, a partir de la situación en el municipio de Ocaña, Norte de Santander

No podemos desconocer la jerarquía que tiene actualmente la acción de tutela en Colombia, la cual sirve explícitamente para ingresar o solicitar por medio de ella la utilización de los servicios de la salud que realmente deberían prestar las empresas prestadoras de salud de forma inmediata y eficaz, lo cual ha sido ratificado infinidad de veces por la Corte Constitucional, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la salud tiene una doble connotación, la de derecho y la de servicio público.

Desde la constitución el Derecho a la Salud es amparada por dicho mecanismo, se instituye como el efecto de los esfuerzos que se derivan de la vida. Asimismo, se conforma jurídicamente por dos indudables líneas: una la cual es inherente al derecho a la vida y la otra es de un carácter asistencial, situado sobre los deberes eficaces de un Estado Social de Derecho, todo dado con el fin de dar deleite y defensa la cual debe exigírseles a las entidades Públicas con verdaderas faenas indiscutibles, frente a las decisiones parlamentarias.

Ahora bien, desde el Marco Jurídico y la resolución de la pregunta o del problema jurídico ¿En qué casos se niegan las pretensiones dentro de la acción de tutela en los servicios de salud y en los medicamentos entre otros, excluidos del POS (PLAN OBLIGATORIO DE SALUD) en Ocaña (Norte de Santander)? , podemos concluir que una gran parte de estas improcedencias se dan por lo general por la falta de conocimientos en los temas de salud de los operadores de la justicia, en estos casos de los jueces de la república, que por su desconocimiento, muchas de

estas tutelas terminan siendo improcedentes, que a lo último quienes terminan afectados directamente son los accionantes.

Es así, que la acción de tutela para los servicios excluidos del POS, se despliegan a partir de la identificación absoluta del POS, el cual, seria los diferentes servicios a los tiene derecho todos los que se encuentran afiliados o activos en el Sistema nacional de Seguridad Social en el ámbito de la Salud, siendo así que son las Empresas Prestadoras de Salud, las que por simple lógica deberían adjudicarse esas costas afines con su prestación del servicio, dado así y pronunciado por el Ministerio de Salud y Protección Social, quienes por regla general y por su legalidad operan las excepciones, sobre todo en la tutela, pero con sus convenidos términos.

Desde el punto de vista, los elementos que forjan que una tutela por servicios y procedimientos NO POS sea improcedente se dan desde la no vulneración de los derechos fundamentales según nuestra Carta Magna la más conocida Constitución Política de Colombia de 1991, la falta de documentaciones que deben ser anexados a dicho mecanismo, que sirviesen como parte del acervo probatorio explicado, las no existencias de dictamines médicos manifestadas por el médico tratante la cual se hace absurdo efectuar las convenidas autorizaciones internamente dentro de la Empresa Promotora de Salud, la falta del medicamento o procedimiento médico no lleve a la ultimátum o quebrantamiento de los derechos a la integridad o de la vida del paciente, en caso que la ausencia del fármaco o procedimiento no pone en riesgo su existencia o no se ocasione un deterioro del estado de salud, que exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

De tal manera, otros de los elementos eventuales para que una tutela por servicio excluida del POS, se da cuando un paciente tiene el aforo económico necesario para costear el precio del medicamento o el procedimiento como tal, o que el paciente tenga algún tipo de plan alterno de provisión de medicamentos o procedimientos por medio de métodos suplementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores, casos de no marcada vulnerabilidad, como son sujetos de especial protección constitucional (deficiente subsidiariedad), o cuando la tutela carece de inmediatez y procedibilidad.

Ahora bien, podemos concluir que la tutela frente a los servicios excluidos del POS, realmente sí es una herramienta que nos accede el alcance de los requerimientos solicitados por dicho mecanismo los cuales conllevan a la prestación de un mejor servicio así sea de una manera coactiva o bajo presión ejercida por un juez de la república, brindando un apoyo adecuado y eficaz a ciertos individuos que de alguna manera se puedan encontrar en estado de vulneración.

Respecto, a la problemática planteada, desde el contexto en el municipio de Ocaña, Norte de Santander, la situación en materia de elevación de acción de tutela, es bastante alta, toda vez que durante el año 2018 el departamento, se ubicó como la cuarta región, con mayor demanda de acción de tutela en materia de salud. De acuerdo con el informe realizado por la Defensoría del Pueblo “con 26.162 acciones, Norte de Santander ocupó el quinto lugar por número de tutelas interpuestas”. El estudio realizado por el ente reveló que Cúcuta, con el 73,7%, fue la ciudad con el mayor número de amparos. Le siguieron Ocaña (14,4%), Pamplona (3%), Los Patios (2,2%) y Villa del Rosario (1,6%). (Defensoria del Pueblo, 2018)

De acuerdo con los resultados obtenidos, se asegura que:

> El derecho a la salud fue el más invocado (50,3%), seguido por los derechos de petición (26,8%), mínimo vital (8,6%), debido proceso (6,9%) y vida (4,5"), precisó el despacho.
>
> "El 66% de los fallos de primera instancia favorecieron a los nortesantandereanos. Las entidades con el mayor número de tutelas fueron: Medimás/Cafesalud (12,5%), Coomeva (9,9%), Nueva EPS (6,25%), Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (5,8%) y Comparta (5%).

Bajo este contexto y la información obtenida por la Defensoría del Pueblo, se puede establecer que Colombia, deviene bajo una problemática muy grave en materia de salud, pero la situación opera en materia de la regulación normativa en relación con la prestación del servicio de salud, pero no sobre la operancia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la salud, es decir, que donde se evidencia una situación de máxima alerta, es en los procesos administrativos que se rigen dentro de las entidades prestadoras del servicio de salud, lo cual ha ocasionado que la acción de tutela, sea el mecanismo para acudir al Estado, y prevenir que concurran perjuicios irremediables sobre la salud, que consecuentemente conlleva a la vulneración del derecho a la vida, mínimo vital, integridad y demás derechos fundamentales.

# Conclusiones

Bajo la revisión y cumplimiento de los tres objetivos planteados para la monografía, se pudo concluir finalmente, que la acción de tutela configura un mecanismo que atiende el llamado de un pueblo hacia el reconocimiento y la protección jurídica de sus derechos fundamentales, siendo la misma de origen estadounidense, y posteriormente regulada en el marco constitucional colombiano, a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991.

A partir de la configuración de la misma Carta Política, también se establecen algunas modificaciones al sistema de salud en Colombia, lo que ha motivado, a que la acción de tutela, sea por excelencia el mecanismo para evitar la vulneración al derecho a la salud, a raves de los procesos administrativos que surgen con la implementación de las empresas prestadoras del servicios de salud, o también denominadas EPS.

Respecto, a la problemática planteada, desde el contexto en el municipio de Ocaña, Norte de Santander, la situación en materia de elevación de acción de tutela, es bastante alta, toda vez que durante el año 2018 el departamento, se ubicó como la cuarta región, con mayor demanda de acción de tutela en materia de salud. De acuerdo con el informe realizado por la Defensoría del Pueblo “con 26.162 acciones, Norte de Santander ocupó el quinto lugar por número de tutelas interpuestas”.

Bajo este contexto y la información obtenida por la Defensoría del Pueblo, se puede establecer que Colombia, deviene bajo una problemática muy grave en materia de salud, pero la situación opera en materia de la regulación normativa en relación con la prestación del servicio de salud, pero no sobre la operancia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la salud,

es decir, que donde se evidencia una situación de máxima alerta, es en los procesos administrativos que se rigen dentro de las entidades prestadoras del servicio de salud, lo cual ha ocasionado que la acción de tutela, sea el mecanismo para acudir al Estado, y prevenir que concurran perjuicios irremediables sobre la salud, que consecuentemente conlleva a la vulneración del derecho a la vida, mínimo vital, integridad y demás derechos fundamentales

Finalmente frente al planteamiento de la improcedencia de la acción de tutela, se puede evidenciar que dicha figura, no se configura con facilidad en el campo de la protección al derecho a la salud, y que aunque existen criterios delimitados por la Corte Constitucional, cuando se da cumplimiento a las exigencias por la misma, la normativa sobre medicamentos o servicios excluidos del POS, no impide que se garantice el derecho a la salud, razón por la cual no se configura dicho criterios, como un escenario para la desnaturalización de este derecho, por el contrario la Honorable Corporación ha sido constante en afirmar la primacía del mismo, sobre cualquier trámite administrativo de las EPS, en busca de siempre garantizar la salud integral del usuario.

# Referencias

Asamblea Nacional Constituyente de 1991. (1991). *Constitución Política de Colombia.* Bogotá.

Blacio, A. S. (01 de 04 de 2012). La Acción de Tutela en Colombia. *Revista Ambito Juridico* . Obtenido de https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/la-accion-de-tutela-en-colombia/

Correa, H. N. (2001). *Derecho Procesal de la Acción de Tutela, Bogotá, 2001.*

Corte Constitucional, Sentencia 316 de 2008, Referencia: expediente D-6927 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.). Recuperado el 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-316-08.htm

Corte Constitucional, Sentencia de Tutela nº 096/16, Referencia: expedientes T-5156690, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 25 de 02 de 2016). Recuperado el 2018, de V lex: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/631773865

Corte Constitucional, Sentencia de Tutela nº 235/18 (21 de 06 de 2018). Recuperado el 2018, de vlex: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/730997309

Corte Constitucional, Sentencia de Tutela nº 316/18 (02 de 08 de 2018). Recuperado el 2018, de VlEX: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/736629685

Corte Constitucional, Sentencia T. 072 de 2018, Referencia: Expediente T-6.357.199 (M.P. CARLOS BERNAL PULIDO). Recuperado el 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-072-18.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-036/17, Referencia: Expediente T-5.755.684 (M.P. Alejandro Linares Cantillo 26 de 01 de 2017). Recuperado el 2018, de CORTE CONSTITUCIONAL: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-036-17.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-062/17, Referencia: expediente T-5.763.044 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 03 de 02 de 2017). Recuperado el 2018, de CORTE CONSTITUCIONAL: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-062-17.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-154/14, Referencia: expedientes (i) T-4.096.964 y (ii) T-4.104.955 (acumulados). (14 de 03 de 2014). Recuperado el 2018, de Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-154-14.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-171/16, Referencia: expedientes T-5296871, T-5297060, T-5311597 y T-5323529. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 11 de 04 de 2016). Recuperado el 2018, de CORTE CONSTITUCIONAL: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-171-16.htm

Corte constitucional, Sentencia T-760/08, Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa 31 de 07 de 2008). Recuperado el 2018, de Corte constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-951 de 2013, Referencia: expediente T- 4.018.004 (M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA). Recuperado el 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-951-13.htm

Decreto 1983 de 2017 (Presidente de la Republica de Colombia). Recuperado el 2020, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84498

Decreto 306 (Presidente de la República de Colombia 1992). Recuperado el 2018, de Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php

Defensoria del Pueblo. (2018). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*. Recuperado el 2020, de https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Tutela-los-derechos-de-la-salud-2018.pdf

La Opinion. (Octubre de 2016). Supersalud atiende quejas de los usuarios de Ocaña. *La Opinion* . Recuperado el 2020, de https://www.laopinion.com.co/ocana/supersalud-atiende-quejas-de-los-usuarios-de-ocana-120426

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. (27 de 12 de 2013). *MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL*. Recuperado el 2018, de MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5521-de-2013.pdf

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. (15 de 02 de 2015). *MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL*. Recuperado el 2018, de MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. (22 de 12 de 2017). *MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL*. Recuperado el 2018, de MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolucion%20No.%205267%20de%202017.pdf

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. (14 de 02 de 2017). *MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL*. Recuperado el 2018, de MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL:

https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-330-de-2017.pdf

Ocampo, A. J. (18 de 10 de 2018). *Gestor Normativo Función Pública*. Recuperado el 2017, de Gestor Normativo Función Pública: http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89221

Peña, G. B. (6 de 9 de 2011). *Revista Semana*. Recuperado el 2017, de Revista Semana: https://www.semana.com/nacion/articulo/el-origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/241093-3

SCHLESINGER, C. P. (29 de Agosto de 2017). *Corte Constitucional*. Recuperado el 2017, de Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-552-17.htm