

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO HERRAMIENTA PARA ACCEDER A MEDICAMENTOS NO  
INCLUIDOS EN EL POS

JESSIKA DEL CARMEN HINESTROZA PALACIOS

ANGELA KARINA BECERRA BLANDON

Asesor temático: DR Ramón Elejalde Arbeláez  
Abogado Y Profesor De La Universidad Autónoma Latinoamericana

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLIN 2010

## CONTENIDO

	Pág.
1. Planteamiento Del Problema.	4
2. Pregunta En La Cual Se Basa Toda La Investigación.	6
3. Delimitación Del Problema.	7
4. Justificación.	8
5. Objetivos.	9
6. Diseño Metodológico.	10
7. MARCO TEÓRICO.	
7.1 Sistema General De Seguridad Social En Salud.	12
7.2 La Acción De Tutela En La Carta Política De 1991	14
7.3 Características de la acción de tutela.	20
8 Derechos Tutelados.	23
8.1 derechos fundamentales.	26
9 La Acción De Tutela Y El Pos En Colombia.	28
10 Análisis De La Información.	30
10.1 La Jurisprudencia De La Corte Constitucional.	33
11 CONCLUSIONES.	83

BIBLIOGRAFIA

CIBERGRAFIA

## **LA ACCIÓN DE TUTELA COMO HERRAMIENTA PARA ACCEDER A MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS**

Área del derecho en que se sitúa: Derecho Laboral y Seguridad Social

### **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Colombia como Estado Social de Derecho, encuentra sus primeras manifestaciones en el Estado de Bienestar, como respuesta institucional a las demandas sociales, en búsqueda de garantizar estándares mínimos de salud, educación, alimentación entre otros, bajo la idea de derechos.

La acción de tutela surge en la constitución de 1991 como mecanismo protector de los derechos fundamentales, plasmándola en su artículo 86 y determinando como sujetos pasivos la persona o personas que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; dichas lesiones pueden provenir tanto de particulares como de autoridades públicas producto de acciones y omisiones.

En la actualidad podemos observar como cada vez aumentan el número de demandas en contra de entidades prestadoras del servicio de salud, producto de su negligencia en la prestación del servicio y en algunos otros casos debido a la negación de costear medicamentos y tratamientos médicos, vitales en la calidad de vida de dichas personas. Si bien es cierto existe un plan obligatorio de salud (POS), el cual cubre

determinados medicamentos y tratamientos, esté no garantiza al máximo el derecho a la salud de todos los coasociados, pues encontramos un sin números de medicamentos y tratamientos médicos no incluidos en el POS a los cuales no pueden acceder los ciudadanos.

Aunque las EPS no pierden nada al suministrar un medicamento o un procedimiento médico no incluido en el POS, puesto que pueden repetir contra el FOSYGA, estas se empeñan en obligar al usuario a recurrir a la tutela para acceder a un servicio de salud integral que le garantice su salud y su vida, cuando lo necesario no esté incluido en el POS.

Siendo concordantes con lo anterior, la acción de tutela se tiene como mecanismo “idóneo” y “efectivo” en la obtención de la protección que se busca, y sí además partimos de la idea que el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, la dignidad humana, y la integridad física, forman una unidad; nos encontramos frente a un derecho fundamental, el derecho a la salud, el cual debe ser protegido por encima de cualquier interés de tipo político o económico, cualquier manifestación de lesividad contra este derecho, equivale a atentar contra la propia vida de las personas.

## **2. PREGUNTA EN LA CUAL SE BASA TODA LA INVESTIGACION**

¿LA ACCION DE TUTELA ES UN MECANISMO EFECTIVO PARA ACCEDER A  
MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS?

### 3. DELIMITACION DEL PROBLEMA

**Temática y conceptual:** respecto de la acción de tutela lo que se va a tratar es lo referente a su efectividad o no efectividad, para acceder a tratamientos y procedimientos médicos no incluidos dentro del pos (plan obligatorio de salud).

**Espacial:** dado que la acción de tutela es un tema que concierne al Estado, el tema ha de tratarse a nivel nacional porque las leyes tiene un ámbito general de validez.

**Temporal:** la acción de tutela es una figura jurídica instituida en la constitución de 1991, el estudio se centrara sobre el articulo 86 de la constitución política de Colombia 1991 y las normas legales que la desarrollan de igual manera, se valorará los apartes jurisprudenciales que sobre el tema a dado la Corte Constitucional.

## 4. JUSTIFICACION

- **PERTINENCIA**

Lo que se pretende es proyectar la figura de la acción de tutela como mecanismo para la obtención de medicamentos y tratamientos médicos, debido a que consideramos que lo que se presenta es una limitación desproporcionada a los derechos fundamentales, porque si bien es un mecanismo constitucional diseñado precisamente para la protección inmediata de los derechos constitucionales y fundamentales; en muchas ocasiones dichos derechos no son garantizados.

- **IMPORTANCIA**

Vale la pena hacer una revisión de esta figura frente a los principios de la misma Constitución, consideramos que esa revisión es una tarea significativa jurídicamente hablando por las repercusiones que puede generar, académicamente porque es una nueva visión sobre un tema cotidiano muy polémico en su momento pero poco debatido en las facultades de derecho.

- **VIABILIDAD**

Es un tema bastante estudiado en cuanto a teoría y conceptos, pero muy poco desarrollado en cuanto a su efectividad, además de las sentencias de la corte constitucional; el tema es amplio por eso se le ha dedicado a éste tiempo proporcional para ser consultado y analizado.

- **UTILIDAD**

Esta monografía evidenciara la efectividad que la acción de tutela ha obtenido como mecanismo de obtención en los medicamentos y tratamientos por fuera del pos.

## 5. OBJETIVOS

- **Objetivo general**

Establecer si la acción de tutela resulta ser un mecanismo efectivo en la obtención de medicamentos y tratamientos no incluidos en el pos.

- **Objetivo específico**

-Determinar cuál ha sido el alcance jurídico que la Corte Constitucional y la Doctrina le han dado a la figura de la acción de tutela.

-Analizar la figura Constitucional de la Acción de Tutela frente al POS

-Establecer la relación entre el sistema general de seguridad social en salud y el plan obligatorio de salud (POS).

-Determinar los criterios adoptados por la Corte para conceder la protección del derecho a la salud.



## 6. DISEÑO METODOLOGICO

### 6.1 Enfoque Epistemológico

Ésta investigación estará guiada por la perspectiva epistemológica habermasciana. Ello implica reconocer que la ciencia está guiada por intereses rectores del conocimiento. Así, según Habermas son tres los intereses que dirigen la investigación científica:

*“Las ciencias naturales, por ejemplo, que tienen un **interés técnico** descansan en un piso netamente humano: predecir y controlar los sucesos que acontecen en la naturaleza. Las ciencias histórico-hermenéuticas, se basan en un interés de raíces antropológicas profundas al buscar asegurar, mantener y expandir las posibilidades de entendimiento mutuo y de auto-entendimiento de la propia vida; por eso lo llama **interés práctico**. Por otra parte, existe un tercer modo de investigar que busca, ante todo, que los sujetos se liberen de presiones externas e internas a partir de la crítica y la autorreflexión. Las denomina ciencias de la acción o ciencias críticas, o crítico-sociales, y tiene un **interés emancipatorio**.”*

### 6.2 ENFOQUE METODOLÓGICO

El interés que guiará esta investigación es el interés práctico, que como sabemos es el interés de las disciplinas histórico-hermenéuticas; partimos hacia la meta por medio de un análisis y una interpretación de los diversos conceptos que se tienen por parte de la doctrina, y el legislador colombiano.

Por lo anterior la **hermenéutica** será la herramienta principal en todo el proceso de investigación.

Hermenéutica viene del vocablo griego *hermenia* que significa el acto de la interpretación.

Según Vattimo “la interpretación no es ninguna descripción por parte de un observador neutral, sino un evento dialógico en el cual los interlocutores se ponen en luego por igual y del cual salen modificados; se comprenden en la medida en que son comprendidos dentro de un horizonte tercero, del cual no dispone y por le cual son dispuestos.

La estrategia que se utilizará para la realización de la investigación y el respectivo análisis será el siguiente:

- Análisis del concepto acción de tutela
- Análisis del concepto dado por la Corte Constitucional y la Doctrina.
- indagación sobre el pos (plan obligatorio de salud).
- Análisis del pos y su influencia en la acción de tutela

**-Unidad de análisis:** lo que se va a tener en cuenta para efectos de la presente investigación principalmente es el tema de la acción de tutela, analizando doctrina nacional y extranjera, algunas sentencias de la Corte Constitucional al respecto.

Se tendrán en cuenta conceptos de otras fuentes en el caso de que se encontraren.

## 7 MARCO TEÓRICO

### 7.1 SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La Corte Constitucional en sentencia C- 112 de 1998 se expreso de la siguiente forma: El Sistema General de Seguridad Social en Salud consagra tres formas de vinculación al mismo, así:

1. El Régimen Contributivo
2. El Régimen Subsidiado
3. Los vinculados Temporalmente. (Art. 157)

Al ***régimen contributivo*** pertenecen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes o con capacidad de pago. Tales personas están obligadas a pagar o aportar un porcentaje de sus ingresos al Sistema, que se denomina cotización obligatoria.

Al ***régimen subsidiado*** pertenecen las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Esto es, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, con especial énfasis, las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros

y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.<sup>1</sup>

**Los participantes vinculados** son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tienen derecho a recibir los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado. En consecuencia, este régimen es eminentemente transitorio.

Dentro del **régimen contributivo** existen dos planes de servicios: el plan obligatorio de salud POS y el plan complementario. El primero cubre la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad. El Plan Obligatorio de Salud tiene cobertura familiar, es decir, que ampara no sólo al afiliado sino también al cónyuge o compañero permanente de éste cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente del afiliado; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados, que dependan económicamente de éste.<sup>2</sup>

El Plan Obligatorio de Salud, es entonces "el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho en caso de necesitarlos, todo afiliado

---

<sup>1</sup> Corte constitucional, sentencia C 112 del 25 de mayo de 1998, M.P: Dr. Carlos Gaviria Díaz

<sup>2</sup> Arts. 162 y 163 de la ley 100 de 1993

al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema."<sup>3</sup>

El Plan Complementario de Salud es independiente del plan obligatorio; es libremente contratado por el afiliado, opera como adicional al plan obligatorio y debe ser pagado en su totalidad por el afiliado con recursos distintos de las cotizaciones obligatorias.

## **7.2 LA ACCIÓN DE TUTELA EN LA CARTA POLÍTICA DE 1991**

El instrumento judicial colombiano que corresponde directamente a las instituciones del Derecho de Amparo, es el de la denominada Acción de Tutela regulada en los términos del artículo 86 de la Carta Política y en su desarrollo legal fijado por el Decreto 2591 de 1991.

Ella fue establecida por primera vez en nuestra historia política y constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como una de las más importantes innovaciones de la nueva organización constitucional; allí se introdujo la institución, se definió su naturaleza, su finalidad y sus más importantes elementos procesales, y todo esto se hizo sin grandes deliberaciones jurídicas internas y sin ningún debate externo, previo o simultáneo.

Su inclusión se fundamentó inicialmente, en el marco de un amplio y pacífico consenso, en la necesidad de hacer efectivos los derechos constitucionales con instrumentos procesales específicos y directos diferentes de los que pertenecían a la tradición judicial nacional.

---

<sup>3</sup> Decreto 1938/94 Art. 3-b

De otra parte, la mayoría de los miembros de la asamblea, salvo un grupo importante del Partido Conservador, entendió que la creación y la inclusión de la Corte Constitucional en la Carta Política, como un organismo constitucional adscrito a Rama Judicial del Poder Público, y encargado de asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, era necesaria, entre otras razones, por que el moderno Estado Social, democrático y constitucional de derecho, reclama la existencia de un juez especializado en la interpretación de los derechos constitucionales y de las cláusulas sociales de la misma y porque era necesario asegurar la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales.<sup>4</sup>

Además se indicó que se debía confiar la tutoría y la guarda de la nueva Constitución a un órgano nacido de ella misma, que eventualmente no pudiera invocar competencias originarias o antecedentes para anular o convalidar los trabajos de dicha asamblea, que, ciertamente, no contaba con fundamentos jurídicos lo suficientemente sólidos para resistir la celosa vigilancia que de modo “peligroso” podía ejercer la centenaria y cooptada Corte Suprema de Justicia, o el “rígido y ultra formalista” Consejo de Estado que ya en Sala unitaria había suspendido provisionalmente algunos de sus actos.

En el ordenamiento constitucional colombiano no se registran antecedentes históricos directos sobre ella, salvo en el caso de algunas manifestaciones de la jurisdicción orgánica de lo Contencioso Administrativo, como son, de una parte, la suspensión o provisional de los actos administrativos por razones constitucionales o legales en caso de evidente y clara violación al ordenamiento superior, y de otra, los efectos *abinitio* o de anulación plena de los actos administrativos ilegales o inconstitucionales<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ORTIZ GUTIERREZ, Julio Cesar. Revista Juris Dictio, Año 1Numero 1, segundo semestre de 2006. Bogota D.C. Pág. 7- 10

<sup>5</sup> Ob.cit. Pág. 22- 24

La mencionada suspensión es simultánea al inicio y se puede mantener durante el desarrollo efectivo del proceso judicial de nulidad en la jurisdicción contencioso administrativa, pues se trata de un incidente procesal ligado al destino de la acción, y es provisional pues se mantiene, en caso de su procedencia, mientras se falla la causa de nulidad de los actos administrativos que se demandan y por que, además, puede ser revocada en el transcurso del proceso.

Estos institutos procesales guardan algunos vínculos conceptuales y técnicos relativamente remotos con la protección inmediata de los derechos de orden constitucional que corresponde a las instituciones del Derecho de Amparo. Además, en una visión flexible, libre de consideraciones dogmáticas, se podría considerar que las acciones contencioso administrativas de nulidad y de reparación directa, y otras instituciones judiciales como el *Habeas Corpus* y los amparos policivos de la posesión de bienes inmuebles también se aproximan a las instituciones del Derecho de Amparo.

De otra parte, las funciones de control de constitucionalidad de las leyes y de los demás actos equiparables a ellas, como el examen de constitucionalidad de las reformas constitucionales adoptadas por el Congreso de la República, o de los decretos leyes o de facultades extraordinarias, se activaban por vía de la acción pública o ciudadana de inconstitucionalidad con efectos generales, llamada en Colombia antes del cambio de 1991, Acción Pública de Inexequibilidad.

Bajo el anterior modelo de control constitucional, la Corte Suprema de Justicia también se ocupaba del examen de los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República por razones constitucionales, y del control automático de los decretos de Estado de Sitio y de Emergencia Económica. Estas funciones fueron atribuidas originariamente a la Corte Suprema de Justicia y le permitían confrontar los actos

normativos generales con la Constitución y, desde luego, con las disposiciones jurídicas que establecían los derechos civiles y las garantías sociales.

Por esta vía era posible obtener la protección objetiva y en abstracto de los derechos constitucionales fundamentales y de las restantes partes de la norma superior, pero como una manifestación judicial de la defensa de la Constitución y del ordenamiento jurídico en general, pero nunca se le asoció con las instituciones del Derecho de Amparo para la protección autónoma preferente, directa, subjetiva y en concreto de los derechos constitucionales.

En la reforma constitucional de 1910, además de la incorporación de la acción pública de Inexequibilidad llamada *vía de acción*, también se introdujo la *vía de excepción* como una modalidad nacional de las instituciones de la llamada revisión judicial de las leyes, típica del modelo americano o difuso de control de constitucionalidad. Este instrumento incidental de naturaleza judicial que se incorporó en el artículo 215 de la Constitución de 1886, permitía a todos los jueces y en cada caso concreto, dejar de aplicar las disposiciones legales y aplicar de modo preferente las disposiciones constitucionales; en la doctrina nacional se le llamó inaplicación judicial de las leyes y ahora aparece en el artículo 4º. de la Carta Política de 1991, claro está, dentro de un nuevo contexto político del Poder Judicial.<sup>6</sup>

En todo caso se trata de una herramienta judicial derivada o dependiente del ejercicio de las acciones judiciales ordinarias en cuyo trámite podía plantearla ante el juez de la causa. Su desarrollo fue escaso y mínimo, y se conocieron muy pocas decisiones judiciales fundadas en ella; además, los obstáculos procesales para su desarrollo se encuentran en la existencia de una estructura orgánica muy cerrada y vertical en la integración de la Rama Judicial del poder público, que tenía a la Corte Suprema de

---

<sup>6</sup> *Ibidem*. Pág. 25



Justicia en la cúspide de una pirámide rígida, fundada en fuertes lazos de lealtad ideológica y política, sin carrera ni profesionalización de los jueces.

De otra parte, la Corte Suprema y luego el Consejo de Estado se constituyeron en cámaras de cierre en materia de definición de la jurisprudencia; especialmente, en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, nominadora por excelencia de los magistrados y jueces de la jurisdicción ordinaria, se concentraron las funciones de control constitucional abstracto y objetivo de las leyes ejercidas por los magistrados de todas las salas. En la práctica el viejo sistema de control constitucional y la llamada jurisdicción constitucional, funcionaron como un régimen concentrado y paralelo con lo contencioso administrativo aunque aparecían formalmente como un todo mixto y ultradifuso.

La doctrina constitucional dominante, amparada en el modelo constitucional de la Carta de 1886 hizo imposible la aplicación de los valores constitucionales y de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico a las posibles causas concretas de protección de los derechos fundamentales. Además, en ningún momento se establecieron reglas procesales que definieran la oportunidad procesal y las condiciones de procedibilidad y sólo se hacía posible al momento de dictar sentencia.

Se reconoce un breve periodo de desarrollo de las instituciones sociales de la Carta Política después de la Reforma Constitucional y política de 1936, que produjo evidentes avances en la jurisprudencia de la Corte Suprema; este movimiento se vio truncado por las consecuencias de las crisis políticas generadas después de 1946 con la pérdida del poder por el partido liberal y, luego, con la alteración del orden institucional en 1948 y sus largas consecuencias, como la dictadura militar y el Frente Nacional cuasidemocrático, bipartidista, consensual y bloqueado.

Bajo el nuevo modelo constitucional de la Carta Política de 1991, la Acción Pública de Inconstitucionalidad que reemplaza a la Acción Pública de Inexequibilidad, conserva la mayor parte de sus características procesales y mantiene su naturaleza abstracta y objetiva.

Además, se incrementaron las competencias de control constitucional en la Corte Constitucional con nuevas figuras como el control previo de los proyectos de ley estatutaria que son equiparables a las leyes constitucionales de Italia y en parte a las leyes orgánicas de España y como el control preventivo de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y de los tratados incorporados en ellas. También aparecen nuevas modalidades del control posterior como el que hace sobre las leyes de convocatoria a referendos y a asamblea constituyente.

Empero, en los últimos años, bajo la nueva normatividad constitucional, la Corte Constitucional ha empleado las técnicas de las decisiones manipulativas o de modulación y de control de los efectos de sus fallos y, en algunos casos de consecuencias masivas de sus pronunciamientos, en asuntos económicos, fiscales o de hacienda pública, o de fallos diferidos, condicionados y de sentencias admonitorias o aditivas de principios, ha provocado remotas pero previsibles e indirectas consecuencias de tutela o garantía de derechos constitucionales en casos concretos.

Ahora es más frecuente en la disciplina del control constitucional de las leyes en Colombia, el empleo de las técnicas de condicionamiento de los efectos materiales de los fallos a interpretaciones conformes con la Constitución y a la retención de las leyes, lo que supone declaraciones implícitas de inconstitucionalidad de parte de alguna de las interpretaciones de las leyes y la declaración de constitucionalidad con base en condicionamientos sustanciales. La Corte también dicta fallos de

inconstitucionalidad para cuando, siempre y cuando o desde cuando en la espera de pronunciamientos de sustitución por el legislador o del ejecutivo.<sup>7</sup>

Además, en la nueva Constitución se introdujeron otras instituciones judiciales de similar configuración procesal a la Acción de Tutela como las acciones populares, las acciones de grupo, las acciones colectivas y las acciones de cumplimiento, en principio previstas para proteger en el ámbito de la organización judicial, derechos de rango constitucional o asimilados a ellos.

Todas estas acciones constitucionales se caracterizan por su carácter informal, preferencial y sumario y fueron incorporadas en la Carta Política de los colombianos por una asamblea constituyente de origen electoral y de integración pluralista.

Mientras las instituciones del Amparo Constitucional y de la Justicia constitucional en concreto con efectos entre las partes, ya existían con pleno desarrollo en países vecinos como Venezuela y había tenido notable desarrollo en México, Brasil y Argentina, en Colombia nos conformamos por más de cien años con nuestro apego al formalismo jurídico tradicional y repudiamos los instrumentos procesales autónomos y directos de protección específica de los derechos constitucionales. Esto no preocupó a la academia ni a la judicatura nacional; por el contrario, pusimos énfasis en las doctrinas del derecho procesal tradicional y de la justicia rogada y formalista como soporte de toda la organización del aparato estatal de justicia.<sup>8</sup>

Bajo la óptica del derecho procesal comparado, y del derecho constitucional de los derechos humanos, no se comprenden las razones de la ausencia de antecedentes y de aproximaciones institucionales en el medio colombiano con las instituciones del

---

<sup>7</sup> *Ibidem*. Pág. 30 - 33

<sup>8</sup> ORTIZ GUTIERREZ, Julio Cesar. *Revista Juris Dictio*, Año 1 Número 1, segundo semestre de 2006. Bogotá D.c. Pág. 40-48

Derecho de Amparo hasta 1991, y no se encuentra una explicación pacífica a la cuestión de semejante atraso.

### **7.3 CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE TUTELA**

#### **7.3.1 INMEDIATA**

Su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada. “No se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza”<sup>9</sup>

#### **7.3.2 SENCILLA**

No ofrece dificultad alguna para su ejercicio. No esta sometida a formalidades, ni ritualidades. “la acción de tutela puede ser intentada por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, social o profesional y, por supuesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las formulas exactas y ni siquiera un escrito, por cuanto puede ser verbal”<sup>10</sup>. Preferiblemente la solicitud de tutela debe presentarse por escrito. Puede hacerse verbalmente por mandato desartículo 14 del decreto 2591 de 1991 en los siguientes casos:

- ❖ En caso de urgencia, el cual será apreciado en cada caso por el juez.
- ❖ Cuando el solicitante no sepa escribir, debe entenderse que es procedente presentarla verbalmente cuando el accionadote esta imposibilitado de hacerlo por escrito, ya sea, por un impedimento temporal o por limitaciones físicas o mentales.

---

<sup>9</sup> Corte constitucional, sentencia T 01 de abril 3 de 1992, M.P: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>10</sup> Corte constitucional, sentencia T 51 del 21 de agosto de 1992, M.P: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

- ❖ Cuando el solicitante sea menor d edad.

### 7.3.3 ESPECIFICA

Se contrae a la protección exclusiva de los derechos constitucionales fundamentales. “La conducta de la autoridad publica o del particular solo debe ser objeto de juicio constitucional si ella vulnera o amenaza directamente un derecho fundamental. La lesión indirecta de un derecho fundamental, como consecuencia de la violación de la ley que lo regula o desarrollo, no es fundamento suficiente para tutelar el derecho salvo de manera temporal para evitar un perjuicio irremediable”.<sup>11</sup>

### 7.3.4 EFICAZ

En el estado de bienestar, que se pregona del estado social de derecho, deben ser tangibles las condiciones para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. La finalidad de la acción de tutela es brindar amparo eficaz y oportuno a tales derechos, cuando han sido infringidos o amenazados, por la acción u omisión de cualquier autoridad publica o de los particulares en los casos enunciados en el decreto 2591 de 1991. Este mecanismo solo se abre paso cuando el afectado carece de otro medio judicial de defensa, pero este debe ser suficiente e idóneo para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o reprotēja de su amenaza. “el juez de tutela debe examinar, en cada caso, si el otro mecanismo de defensa judicial que es aplicable al caso es igual o mas eficaz que la tutela. Solo si la respuesta es afirmativa, podrá rechazar la tutela argumentando esa causal de improcedencia. De otro modo y con miras a hacer prevalecer el derecho sustancial y los derechos inalienables de la persona humana, deberá conceder la tutela. De no hacerlo, estaría

---

<sup>11</sup> Corte constitucional, sentencia T 98 de marzo 7 de 1994, M.P Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

violando el derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales.”<sup>12</sup>

### **7.3.5 SUBSIDIARIA**

El uso de la acción de tutela esta supeditado a la inexistencia de otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No puede concebirse ni utilizarse la tutela como medio judicial que sustituya los mecanismos previstos en la constitución y en las leyes, ni como proceso alternativo que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales, previstos igualmente para administrar justicia y hacer efectivos los derechos consagrados en la carta política.<sup>13</sup>

“la acción de tutela no es un instrumento alternativo o sustituto de las acciones ordinarias que la constitución y la ley asignan a las distintas jurisdicciones, según su especialidad, para que ellas dentro de sus competencias definan si se han violado los derechos y resuelvan lo pertinente al caso, a fin de que cese la violación y aquellos se restablezcan”.<sup>14</sup>

## **8 DERECHOS TUTELADOS**

En los términos del artículo 86 constitucional, la acción de tutela está prevista en la Constitución Política para la protección específica, directa y autónoma de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos se encuentren amenazados o resultaren vulnerados en caso de la acción o de la omisión de cualquiera de las autoridades públicas.

---

<sup>12</sup> Corte constitucional, sentencia T 495 del 12 de agosto de 1992, M.P: Dr. Ciro Angarita Barón.

<sup>13</sup> VIDAL LOPEZ, Roberto Carlos. Lo que usted debe saber acerca de la acción de tutela .Pág.59

<sup>14</sup> Corte constitucional, sentencia T – 453 del 13 de julio de 1992, M.P Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

Además, ella también procede, con los mismos fines de amparo constitucional de los derechos constitucionales fundamentales, contra las acciones u omisiones ilegítimas de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quien el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

La ley ha definido que la acción de tutela contra particulares no procede cuando se trate de actuaciones legítimas de éstos, lo cual, desde luego, es coherente con el régimen de libertades y de derechos previstos en la Carta Política. En este sentido la Corte Constitucional declaró inconstitucionales varios apartes del decreto 2591 de 1991 en el que se señalaban los derechos constitucionales que podían reclamarse por vía de tutela contra las actuaciones de los particulares y advirtió que ella procede a favor de todos los derechos constitucionales fundamentales en los casos previstos en el artículo 42 del citado decreto.<sup>15</sup>

En el mismo sentido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha considerado que la acción de tutela sólo es procedente para la protección de derechos fundamentales, los cuales en principio se constituyen en el objeto exclusivo de protección; estos derechos fundamentales pueden ser nominados o innominados.

Pero, además, la Corte ha considerado que esta acción es procedente de manera excepcional para la protección de derechos constitucionales o legales que no ostenten el rango de fundamentales, únicamente cuando guardan especial relación de conexidad y dependencia directa con otros de carácter fundamental y para efectos de asegurar su respeto; *contrario sensu*, ella no es procedente para la protección de derechos de rango legal o infralegal, o para resolver conflictos de contenido económico si éstos no se encuentran en estrecha relación con los derechos fundamentales.

---

<sup>15</sup> Ob.cit. Pág. 70

En este punto la Corte Constitucional ha advertido que la acción puede intentarse en favor de la protección de derechos no señalados expresamente en la Constitución como fundamentales, pero cuya naturaleza relacionada con la dignidad humana y el derecho internacional de los derechos humanos, permitan su amparo preferente; además, ha dicho que cuando la actuación en vía de amparo o de tutela se refiera a un derecho de esta naturaleza, ella también deberá darle trámite preferencial y prelación a su revisión.

La acción de tutela sólo es procedente en caso de que no exista otro instrumento judicial para lograr la protección; excepcionalmente procede en presencia de otro mecanismo judicial y para evitar un perjuicio irremediable caso en el cual se intenta como mecanismo transitorio. En estos casos puede intentarse simultáneamente con las acciones ordinarias o, cuando menos, deben intentarse las acciones ordinarias o contencioso administrativas dentro de los cuatro meses siguientes a la orden de amparo.

Cuando la acción se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y el demandante disponga de otro medio judicial, como las acciones contencioso administrativas, ella puede intentarse conjuntamente con la acción de nulidad, pero en estos casos el juez de tutela, si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto ni las decisiones respecto de la situación jurídica concreta en la que resultan vulnerados los derechos del accionante, mientras dure la actuación judicial ordinaria.

En un ejercicio de aproximación a las nuevas escuelas del derecho y a las nuevas disciplinas de la interpretación judicial de la Constitución, la ley ha advertido que la acción de tutela procede aún en los casos de los derechos constitucionales fundamentales de contenido civil o político, a pesar de que éstos no hayan sido desarrollados por la ley. Con esta declaración, el decreto 2591 de 1991 ha permitido la



aplicación de las cláusulas constitucionales relacionadas con los derechos civiles y políticos también en las relaciones entre particulares de una parte, y la creación judicial del derecho a partir del su desarrollo en los casos concretos de tutela o amparo constitucional de otra.<sup>16</sup>

La Corte también ha extendido la protección constitucional de la acción de tutela a los casos de violación de algunos de los derechos sociales constitucionales, como los relacionados con la seguridad social, la atención a la salud y a la asistencia social, y a los derechos económicos y sociales, como el derecho a la remuneración mínima vital y móvil.

Esto se ha producido con base en el desarrollo de los principios del Estado Social de Derecho, específicamente el derecho al mínimo vital y los principios de la dignidad humana, y para hacerlo ha empleado las técnicas de los fallos aditivos de principios y las cláusulas de carácter expansivo como los artículos 93 y 94 de la Carta Política.

En Colombia, además, se ha producido un proceso de fundamentalización de los derechos sociales en el que la Corte Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia en favor de la protección de los derechos sociales de rango constitucional relacionados con la dignidad humana y con los principios de la eficacia material de los derechos, con la igualdad real y con el contenido esencial de los mismos. También ha extendido por vía jurisprudencial los alcances de la acción de tutela a otros derechos constitucionales como los colectivos y del ambiente y de los derechos económicos y sociales; en estas materias procede la acción de tutela en caso de estrecha y directa relación de conexidad con situaciones de violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

## **8.1 DERECHOS FUNDAMENTALES.**

---

<sup>16</sup> *Ibidem*. Pág. 77 - 78

En primer lugar hay que determinar que la **acción de tutela** sólo opera cuando se encuentra en peligro inminente o se ha vulnerado un derecho fundamental. No existe una lista tajante que nos pueda decir cuáles son los **derechos fundamentales**, sino que, dadas las circunstancias de cada caso en donde la integridad y el núcleo esencial de lo que significa ser un ser humano se ve afectado, podemos decir que hay una vulneración al derecho fundamental. En todo caso, es importante saber que la acción de tutela sólo opera para cubrir los derechos fundamentales.

Además de ello, la tutela debe<sup>17</sup>:

**Primero:** Que opere en conexión con otro derecho fundamental.

En efecto, si no se invoca un derecho que sea derecho fundamental directamente, por lo menos que el derecho invocado, de ser vulnerado por la entidad demandada prestadora de salud, resultaría dañado otro derecho que si es fundamental sin lugar a dudas. Si no hay un derecho fundamental que invocar, entonces se debe demostrar la conexidad del derecho invocado con éste

**Segundo:** La asistencia que se solicita cubre una calamidad que sea tan grave y afecte de una manera tan inminente la vida o la integridad de la persona, que el cubrimiento debe ser urgente.

**Tercero:** Debe ser ante casos de extrema necesidad.

**Cuarto:** Que el cubrimiento de la salud sea posible para el Estado, porque él dispone de los mecanismos y recursos necesarios para cubrirlo.

---

<sup>17</sup> Ob.cit. Pág. 70-75

Ahora bien, estos fueron los criterios bajo los cuales se determina la procedibilidad de la **tutela en un caso concreto**. Aún así, el tratamiento que se le brinda al solicitante debe cumplir ciertas expectativas. Este tratamiento debe tener un sentido y debe esperarse que cumpla los fines para los que fue solicitado. En vista de éste panorama, la Corte ha dicho que el tratamiento debe ser:

- a) En una situación de riesgo inminente para la vida del afectado.
  
- b) Existencia de un procedimiento cuya eficacia este científicamente acreditada. Que exista concepto favorable del médico tratante. Que no se practique en el país. Descartando los procedimientos experimentales.
  
- c) Beneficio esperado para la salud del afiliado.
  
- d) Certificación de la institución en el exterior que acredite que el procedimiento no es experimental y que tiene buenos resultados de acuerdo a la experiencia.
  
- e) El ministerio de **salud** o la EPS tendrán a su cargo la designación de la entidad en el exterior que llevará a cabo el servicio.
  
- f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límites de las obligaciones dadas a la EPS, el estado debe garantizar a través del Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación, teniendo el derecho a exigir de la respectiva EPS el pago del valor de las prestaciones equivalentes dentro del POS.
  
- g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, pudiendo éste utilizar terceras entidades para ésta financiación.

h) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago parcial o total para financiar la prestación, ya sea de sus propios recursos o por mecanismos alternativos, como pólizas de seguros y medicina prepagada.

Todos los procedimientos y exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de territorialidad.

## **9 LA ACCION DE TUTELA Y EL POS EN COLOMBIA**

Una EPS no está obligada a suministrar medicamentos y procedimientos médicos que no estén incluidos en el POS, por lo que la única forma que tiene un usuario para acceder estos, es mediante la acción de tutela.

Aunque las EPS no pierden nada al suministrar un medicamento o un procedimiento médico no incluido en el POS, puesto que pueden repetir contra el FOSYGA, estas se empeñan en obligar al usuario a recurrir a la tutela para acceder a un servicio de salud integral que le garantice su salud y su vida, cuando lo necesario no esté incluido en el POS.

Para que un usuario pueda acceder a medicamentos y procedimientos médicos fuera del POS mediante la tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado los siguientes requisitos<sup>18</sup>:

- Que la exclusión del medicamento correspondiente o la falta de tratamiento, amenace derechos fundamentales del paciente.
- Que se trate de un medicamento, procedimiento o tratamiento que no pueda ser reemplazado por otro que tenga la misma efectividad y que se encuentre incluido en el POS.

---

<sup>18</sup> Corte constitucional, sentencia T 190.389, del 17 de marzo de 1999 M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- Que el paciente realmente no pueda asumir el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema alternativo.
- Que el medicamento, procedimiento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.

De los anteriores requisitos, hay uno en especial que resulta muy difícil de cumplir, y es aquel que establece que para que se pueda ordenar un medicamento, procedimiento o tratamiento fuera del POS mediante acción de tutela, debe ser recetado o prescrito por un médico que trabaje para la EPS, y es de público conocimiento que las EPS, mediante diferentes estrategias desestimulan o hasta cohiben a los médicos que trabajan para ellas, para que se abstengan de ordenar medicamentos, procedimientos o tratamientos que no estén en el POS, y aunque estén, que resulten demasiado onerosos. Aun con todas estas limitantes para acceder a un tratamiento integral y efectivo, la acción de tutela es una gran herramienta al alcance de los usuarios del sistema de salud.

## **10 ANALISIS DE LA INFORMACIÓN**

La incorporación de las instituciones del Derecho de Amparo de los derechos constitucionales sólo se produjo con la expedición de la Carta Política de 1991 en el artículo 86. En este dispuso que:

*Artículo 86 “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si 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 cualquiera 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.”*

Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, la acción de tutela es una institución procesal prevista para proteger los derechos fundamentales de las personas de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa o supletiva y cuando procede, se activan mecanismos inmediatos, se surten actuaciones perentorias, se adelanta una substanciación preferente, y términos se hacen improrrogables.<sup>19</sup>

El propósito del Constituyente al incorporar la acción de tutela, como lo establece el artículo 86 de la Carta Política, es que el juez constitucional administre justicia de manera expedita en el caso concreto, dictando las órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas que acudan

---

<sup>19</sup> ORTIZ GUTIERREZ, Julio Cesar. Revista Juris Dictio, Año 1 Número 1, segundo semestre de 2006. Bogotá D.C. Pág.51

a esa vía excepcional, residual, supletoria y sumaria, a la autoridad pública o al particular que con sus acciones u omisiones los amanecen o vulneren, y que lo hagan con urgencia.

Además, en el artículo 241 numeral 9º. Constitucional se establece que:

*“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones.*

El Decreto Extraordinario o de facultades extraordinarias No. 2591 de 1991,

*“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” expedido por mandato de la misma asamblea Nacional Constituyente es la ley en sentido materia de regulación del trámite de la Acción de Tutela.*

Posteriormente se expidió el Decreto Reglamentario 306 de 1992 modificado luego por el Decreto 1382 de 2000, *“Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”* con el que se regulan las competencias de los jueces para recibir y tramitar las demandas de Tutela.

De otra parte el Decreto Extraordinario No. 2067 de 1991, es la “ley” que reglamenta las actuaciones de la Corte Constitucional en funciones de control de constitucionalidad de las leyes y de los actos equiparables a ellas como los decretos de facultades extraordinarias, los decretos de estados de excepción, los proyectos de ley estatutaria y los proyectos de ley objetados por el presidente de la República.

Allí también se regulan las competencias de la Corte Constitucional sobre los demás actos de carácter general, cómo las reformas constitucionales, las leyes de convocatoria a referendos nacionales o a asamblea constituyente y se definen las competencias de la Corte Constitucional en materia de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y de los tratados mismos aprobados por ellas.

El artículo 241, numeral 11 de la Carta Política de 1991 autoriza a la Corte Constitucional para darse su propio reglamento y con fundamento en aquella disposición constitucional, expidió el Acuerdo No. 05 de 1992, adicionado por otros acuerdos posteriores; en aquellos se regula en detalle el funcionamiento interno de la Corte y entre otros, en el Capítulo XII se ocupa de la Revisión de las Sentencias de Tutela, en el Capítulo XVI reglamentó varios de los elementos de los fallos.

La acción de tutela ha cobrado un papel protagónico en el cubrimiento de la seguridad social en salud para los colombianos que se encuentran en situación desprotegida. Este mecanismo se ha vuelto especialmente protagónico debido a todos los cambios que el gobierno ha empezado a efectuar al interior del país, esto es, el recorte del gasto público, la disminución del tamaño del estado que implica un proceso de privatización del sector salud, el paulatino cambio del sector salud para someterlo a las leyes del comercio de la oferta y la demanda, entre otros. Se han hecho numerosos estudios y observaciones que permiten concluir que la tutela casi se ha cumplido en un paso obligatorio para conseguir el cabal cumplimiento del servicio de salud de los colombianos.<sup>20</sup>

### **10.1 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

---

<sup>20</sup>FAJARDO BAUTISTA, Sergio Hernán. Algunos Aspectos Procedimentales de la Acción de Tutela .Pág. 55-58



**DERECHO A LA VIDA, DERECHO A LA VIDA DIGNA, SERVICIO PÚBLICO DE SALUD,  
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, INAPLICACION DE NORMAS,**

Lo que se pretende ahora es revisar algunos apartes jurisprudenciales que nos muestran de manera contundente la tesis que elaboramos, si bien la acción de tutela se tiene como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, también se observa en la jurisprudencia colombiana del año 1998 en adelante, que el derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales, debe ser garantizado por encima de los intereses económicos y políticos de las empresas prestadores de dicho servicio, no obstante lo anterior se encuentran fallos de primeras instancias donde se atenta tajantemente contra los derechos fundamentales

También se observa que la tendencia jurisprudencial en materia de medicamentos y tratamientos por fuera del pos, para personas que no cumplen con un mínimo de semanas cotizadas o incluso en los caso de enfermedades catastróficas, en materia de la corte han sido fallos favorables sustentados en la facultad de inaplicar normas de jerarquía inferior frente a los derechos fundamentales

**Sentencia T-789/09**

**Procedencia: Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín.**

**Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA.**

**CORTE CONSTITUCIONAL**

En esta sentencia, el accionante pedía le fuera suministrado un tratamiento odontológico, no incluido en el pos, y a falta de éste su salud se estaba viendo perjudicada, en primera instancia el juzgado tercero civil del circuito de Medellín, negó sus pretensiones; a la Corte Constitucional le correspondió su revisión y al respecto se

pronuncio, retomando jurisprudencia ya sentada por dicha institución; si bien existe una norma constitucional que permite las limitaciones al plan obligatorio de salud dirigida a salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, también es posible la inaplicación de dichas normas por parte de funcionarios competentes, cuando estas son violatorias del derecho fundamental a la vida o la integridad de las personas.

*(...) Por otra parte, vale la pena señalar que, para cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, se establecieron exclusiones y limitaciones al POS, constituidas por "todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos"*

*Ahora bien, aunque dichas limitaciones o exclusiones al POS son constitucionalmente admisibles, dado que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, la Corte ha explicado que la sujeción estricta a las disposiciones legales o reglamentarias se debe matizar, llegando a inaplicar las normas que, dadas las circunstancias del caso concreto, impidan el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas*

*Ahora bien, aunque dichas limitaciones o exclusiones al POS son constitucionalmente admisibles, dado que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, la Corte ha explicado que la sujeción estricta a las disposiciones legales o reglamentarias se debe matizar, llegando a inaplicar las normas que, dadas las circunstancias del caso concreto, impidan el goce efectivo de garantías*

*constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.(...)*

Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia ha señalado unos criterios, que el juez de tutela deberá observar cuando frente a medicamentos, procedimientos e intervenciones excluidos del POS, pero imprescindibles para la preservación de la salud, deba aplicar directamente la Constitución y ordenar su suministro o práctica.

En tal sentido, en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte reiteró que debe emitirse una orden de amparo a favor de la persona que requiera un servicio médico no incluido, cuando concurren las siguientes condiciones:

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

En conclusión, es importante precisar que reunidos los requisitos anteriores, se posibilita autorizar el servicio médico NO POS, quedando sometido al respectivo régimen legal la determinación sobre cómo ha de efectuarse el recobro por el costo que corresponda.

En esa medida, la Corte Constitucional en la sentencia C-463 de mayo 14 de 2008, al realizar el estudio de constitucionalidad de la Ley 1122 del 2007 precisó que tanto las EPS del régimen contributivo como las del subsidiado, han de llevar a consideración de los Comités Técnicos Científicos las solicitudes que presenten los usuarios con respecto a servicios no incluidos en el POS o POS-S.

**Sentencia T-581/09**

**Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga,**

**Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB**

**CORTE CONSTITUCIONAL**

En primera instancia, el Juez Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga mediante sentencia proferida el once (11) de febrero de 2009, decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados.

Explicó que no se cumple con los requisitos necesarios para otorgar un procedimiento por fuera del POS. Consideró que en ningún momento realizó alguna manifestación respecto de la incapacidad económica del accionante para sufragar los costos derivados del servicio de enfermería permanente.

Otro punto objeto de estudio en esta sentencia es el carácter de fundamental de un derecho, en el caso específico el derecho a la salud, que si bien se trata de un derecho prestacional en ocasiones puede ser protegido cuando se presenta su conexidad con un derecho fundamental.

*De igual manera, esta Corporación<sup>1</sup> ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de "existencia digna" conforme a lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece como principio fundamental "el respeto de la dignidad humana."*

*Ahora bien, inicialmente esta Corporación en varios pronunciamientos explicó que el derecho a la salud es de carácter prestacional, pero que podría llegar a ser protegido por la acción de tutela cuando se diera su conexidad con un derecho fundamental.*

*Posteriormente, la Corte matizó esta posición y en varias providencias reconoció el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. Para el caso por ejemplo, de las personas de la tercera edad, de los niños o en situaciones en las que la Ley hubiere definido el derecho.*

(...) En la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)<sup>2</sup>, la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad y planteó que ésta ya no debía utilizarse, porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, partiendo de la base que hay unas normas específicas que lo desarrollan y por tanto se hace exigible como fundamental.

En la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)<sup>2</sup>, la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad y planteó que ésta ya no debía utilizarse, porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, partiendo de

la base que hay unas normas específicas que lo desarrollan y por tanto se hace exigible como fundamental.

Se explica que un derecho no es fundamental por estar o no en un capítulo específico de la Constitución, pues el artículo 94 establece que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto. En esas condiciones no pueden negarse como derechos aquellos que 'siendo inherentes a la persona humana', no estén enunciados en la Carta (...)

*De lo anterior se desprende que el derecho a la salud es fundamental desde una perspectiva prestacional, el cual implica i) la existencia de una ley que lo desarrolle; es decir el Plan Obligatorio de Salud junto con las normas reglamentarias y ii) la obligación del Estado de tener una política que implique cubrir paulatinamente cada necesidad que se presente en la ejecución del servicio de salud. Entonces cuando se presenta una deficiencia por parte del Estado para garantizar progresivamente el cubrimiento de las distintas enfermedades o patologías que una persona llegare a necesitar, se hará procedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud.*

En las controversias entre los usuarios del sistema de seguridad social en salud y las entidades promotoras del servicio de salud, respecto a la negación de tratamientos por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, hubo muchos obstáculos para admitir la procedencia de la acción de tutela, cuando no se demostraba fehacientemente la incapacidad económica del solicitante para sufragar su costo.

Ante esta situación, la Corte Constitucional determinó que no se podía exigir una prueba específica para establecer la capacidad económica del usuario, por ser la acción de tutela un mecanismo que se tramita mediante un procedimiento preferente y sumario.

Ciertamente, se concluyó que al no haber una tarifa probatoria, se aplican todos los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, caso en el cual de alegarse la imposibilidad económica de sufragar el costo de un tratamiento, se entenderá como una negación indefinida, la cual implica invertirse la carga de la prueba y responsabilizar a la entidad demandada de demostrar lo contrario. Al respecto en la Sentencia T-206 del veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008) se reiteró lo siguiente:

*"(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.*

Así mismo, el juez constitucional está en la obligación de analizar las circunstancias fácticas del afectado, de manera que otros elementos distintos a los medios probatorios le permitan establecer con certeza la incapacidad económica del afectado. Sobre el punto se indicó en la Sentencia T-367 del diez (10) de mayo de dos siete (2007):

*"Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante<sup>13</sup>, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado."*

En estos términos, al estudiarse el requisito de capacidad económica, es pertinente observar las condiciones socio económicas del usuario, el tipo de vinculación al sistema de seguridad social en salud y si pertenece a un grupo de especial protección constitucional, puesto que estas son características definitivas para establecer la posibilidad de sufragar los gastos del tratamiento médico requerido.

Encontramos en este caso, que la corte constitucional revoco el fallo de segunda instancia por encontrar un evidente vulneacion a los derechos fundamentales a la salud y vida del accionante.

**Sentencia T-230/99**

**Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO**

**CORTE CONSTITUCIONAL**



En esta sentencia encontramos una pugna de normas y derechos, el accionante es una persona portadora del VIH, síndrome de inmunodeficiencia humana (SIDA), por lo que debió acudir a su EPS, donde le formularon el “coctel” de medicamentos, pero al cual no podía acceder por no  
Cumplir con las 100 semanas cotizadas.

En relación con la protección constitucional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha distinguido dos connotaciones: de un lado, la salud adquiere el rango de fundamental cuando está en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental, por ende es susceptible de amparo a través de la tutela y, de otro lado, cuando no está en conexidad con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios judiciales de defensa, diferentes a la tutela.

4. Lo anterior permite deducir que los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud, puede ordenarse por vía de tutela cuando se ampara la salud como derecho fundamental por conexidad. Para ello, la reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en situaciones como la que nos ocupa, la entrega de medicamentos por parte de las EPS está sometida al cumplimiento de algunas condiciones:

“a) que la droga no pueda ser sustituida por otra de aquellas que contempla expresamente el Plan Obligatorio de Salud o que, en caso de existir un medicamento sustituto, aquel no sea tan efectivo como la que es excluida del plan b) que la ausencia de medicamento amenace la vida o la integridad personal del paciente c) que el paciente no disponga de los recursos económicos necesarios para sufragar el medicamento. d) que el medicamento haya sido formulado por escrito por el galeno autorizado por la Empresa Promotora de Salud a la que está afiliado el paciente” (Sentencia T-171 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Sin embargo, lo anterior no significa que si el usuario no cumple con esas condiciones quede sin protección, pues en algunas situaciones, la acción de tutela es improcedente contra una Empresa Promotora de Salud pero puede prosperar respecto del Estado, permitiendo la atención prioritaria para el accionante.

5. Ahora bien, además de los anteriores requisitos la actual normatividad exige que si se trata de entrega de medicamentos para combatir enfermedades catastróficas o de alto costo se condicione a un mínimo de cotización. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, la prestación de los servicios de salud que generan altos costos requieren un período mínimo. Así pues, la sentencia C-112 de 1998 de la Corte Constitucional declaró exequible dicha disposición, pues *“el cobro de un porcentaje en dinero por la atención de enfermedades de alto costo, cuando no se hayan cumplido los períodos mínimos de cotización, tampoco viola la Constitución, pues ésta no prescribe que los servicios de salud deban ser gratuitos, salvo en lo que atañe a la atención básica”*. Sin embargo, en esa misma providencia, la Corte aclaró que si el usuario del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, necesita atención médica urgente y no cumple con el período mínimo de cotización *“debe ser atendido por la entidad de salud a la que esté afiliado, pero con la condición de que pague una suma determinada por los servicios prestados, que según la norma transcrita es “el porcentaje en semanas de cotización que le falten para complementar los períodos mínimos contemplados” en ese mismo artículo”*

Si los medicamentos o el tratamiento se requiere en forma urgente para proteger la vida del paciente y éste no tiene los recursos económicos para pagar, ni siquiera parcialmente los medicamentos recetados, son las empresas promotoras de salud las que deben asumir los costos de los tratamientos excluidos o sometidos a períodos mínimos de cotización y, posteriormente, les guarda el derecho de repetir los sobrecostos en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud.

## **Sentencia T-328/98**

**Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.**

### **CORTE CONSTITUCIONAL**

*En vista de que constitucionalmente se abrió la posibilidad de que particulares intervinieran en la prestación de los servicios públicos inherentes a la finalidad del Estado (artículo 365), el legislador expidió una detallada reglamentación sobre el servicio público de salud, para que pudiera ser prestado por el Estado y por entidades del sector privado en similares condiciones.*

*Así, se estableció una relación de tipo contractual para que lo anterior fuera posible, por medio de la cual el Estado concede a particulares la posibilidad de asumir la prestación de servicios de salud, a través del denominado Plan Obligatorio de Salud.*

*Generalmente, porque toda relación contractual implica un interés económico, dicha legislación estableció una serie de condiciones y excepciones para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud por particulares, con el fin de que no vieran afectado desproporcionadamente su patrimonio, pues existen dolencias humanas que, por razón de su gravedad, requieren tratamientos costosos y, en principio, es el Estado el principal obligado a asumirlos (artículo 49 de la Carta). Sin embargo, la solución dada por el legislador a este problema no fue la de excluir de la cobertura esas enfermedades, sino la de permitir su tratamiento sometido a ciertas condiciones, tales como el cobro de cuotas moderadoras, copagos y el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema, regulado directamente por la legislación, también buscando que más personas se beneficien de los aportes hechos al régimen contributivo, lo cual solamente se logra introduciendo en la cobertura del plan obligatorio aquellas dolencias físicas de mayor ocurrencia y menor costo, como regla*

*general, dejando como excepción aquellas que afectan a unos pocos y que tienen alto costo.*

*No obstante, los derechos puramente económicos de las Empresas Promotoras de Salud, derivados, se repite, de la relación contractual celebrada con el Estado, que supone, a su vez, una relación no contractual con los afiliados y beneficiarios del sistema, entran en conflicto con los derechos personalísimos de éstos, generalmente la vida, la integridad personal y la salud vinculada a los dos primeros, los cuales finalmente resultan sacrificados porque las Empresas Promotoras de Salud cumplen estrictamente con los términos de la legislación que regula la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y tienen el poder de decisión, en principio, sobre a quiénes y a quiénes no prestan los servicios.*

*El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria.*

*No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.*

*Sin embargo, tal como lo puso de presente esta Sala de Revisión en pronunciamiento anterior, la inaplicación de la legislación citada no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones, a saber: primera, que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. Segunda, que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. Tercera, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.*

#### **Sentencia T-959/09**

**Magistrado ponente.: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL**

(...)

1. Ha señalado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia que "Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se

encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona".

2. También ha destacado la jurisprudencia que, "el concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo".<sup>3</sup> De conformidad con el mandato contenido en la Constitución de 1991, en la Sentencia T-760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) se señaló: "el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto."

### **Sentencia T-531/09**

**Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.**

**Procedencia: Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué.**

### **CORTE CONSTITUCIONAL**

El caso objeto a estudio en esta acción de tutela, aduce a motivos económicos, debido a que la madre en representación de su hijo, acude a este mecanismo, para salvaguardar los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social y en consecuencia piden le sean tutelados dichos derechos permitiéndole acceder a

su hijo a los tratamiento y medicamentos prescritos por el medico tratante de forma gratuita, ya que ella no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de la enfermedad de su hijo.

En primera instancia el juzgado sexto laboral del circuito de Ibagué, se pronuncia con Respecto de la gratuidad de los servicios, manifestó el fallo que de acuerdo al nivel en que están la actora y su hijo -nivel 2 del SISBEN- les corresponde asumir una parte de los costos de los servicios médicos y el pago de las cuotas moderadoras. Estas fueron las razones que guiaron al a quo a concluir que no se presentaba vulneración de derecho fundamental alguno por parte del Hospital Federico Lleras Acosta.

El problema jurídico que la Corte debe resolver si en el caso en concreto es viable exonerar del pago de las cuotas moderadoras y de los copagos al menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez en razón de la imposibilidad que tiene su madre asumir de forma permanente este costo.

En sucesivas oportunidades, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar la importancia de los derechos fundamentales de los niños y no pocas veces ha protegido tales derechos. : los niños gozan de todos los derechos que se establecen en la Constitución y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Esta protección se ve reforzada en el artículo 44 en donde se contienen de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, toda una serie de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores del menor, prerrogativas respecto de las cuales, la misma Carta afirma su prevalencia respecto de los derechos de los demás.

(...)

*En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de un amplio desarrollo. Así, existen en la materia múltiples instrumentos internacionales*

*que prevén el deber del Estado y los particulares de brindarles especial protección a los menores. Tal es el caso del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup>, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales*

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto *regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención*. Bajo tal perspectiva, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

De otro lado, en el régimen subsidiado se ubica la población más pobre y vulnerable de las zonas rurales y urbanas que no cuentan con ingresos suficientes para cubrir el monto total de la cotización que les permita vincularse al régimen contributivo y, por consiguiente, requieren un subsidio total o parcial para poder afiliarse y participar del servicio de salud.

La identificación de la población pobre y vulnerable, se realiza a través del denominado Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), una herramienta de planeación administrativa que facilita la focalización del gasto social. El SISBEN funciona con el instrumento de encuesta en la que se analizan una serie de



variables (ingresos percibidos, condiciones de vivienda, conformación del núcleo familiar, estado de salud, etc) que permiten a las autoridades administrativas ubicar a la población en los niveles 1, 2 y 3 según su grado de pobreza y determinar quienes tienen derecho a acceder al régimen subsidiado.

De esta forma se define quiénes serán los beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POS-S-, pues éste estará dirigido a las personas que, de acuerdo con la clasificación del SISBEN, se ubiquen en los niveles 1, 2 o 3; siendo prestado por EPSs tanto de carácter público, como de naturaleza privada.

El legislador, como es lógico, también previó un sistema de atención para los servicios en salud que no estuviesen incluidos en el POS-S. Con esta idea la ley 715 de 2001, en sus artículos 43 y 44, consagró una serie de obligaciones para las entidades territoriales en materia de aseguramiento en salud de la población pobre que deba ser afiliada al régimen de salud subsidiado.

Sin embargo, para el caso en estudio, resulta aun de mayor relevancia lo consagrado por la respectiva ley en su artículo 43 en donde establece:

#### 43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental. –subrayado ausente en texto original-

(...)

Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una relativa a la *integralidad* del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.

La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente.

Desde esta segunda óptica, el principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a)]; con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

La Corte Constitucional ha encontrado criterios determinadores recurrentes en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastrófica (sida, cáncer,

entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

En el caso objeto de estudio al menor Wilmar Santiago le están siendo exigidos los pagos moderadores previstos por el cuarto numeral del artículo 18 del decreto 2357 de 1995 para los afiliados al POS-S que se encuentren en el nivel 2 del SISBEN, es decir, el 10% del valor de los servicios prestados por las IPS, sin que este valor pueda exceder de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Su madre manifestó en la acción de tutela la gran dificultad que significa cancelar dichos pagos moderadores con la frecuencia a que obliga el tratamiento de la afección de Wilmar Santiago.

#### **Sentencia T 760 del 2008**

**Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL**

En la presente sentencia, 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 jurisprudencia de la corte constitucional ; 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.

Como resultado de esta visión de conjunto, tanto de los problemas de regulación como de las facetas pertinentes del derecho a la salud, la Corte ha identificado dos tipos de problemas jurídicos a resolver en el presente caso, de carácter concreto o de carácter general.

El primer tipo de problemas, los concretos, se plantean a partir de los hechos de un caso específico. A continuación se formula cada uno de los problemas, indicando la respuesta de la Sala a cada uno, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional aplicable, y señalando cuales son los procesos acumulados en los que se suscita dicho problema

**1. ¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD UNA ENTIDAD ENCARGADA DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS ORDENADOS POR EL MÉDICO TRATANTE, CUANDO NO AUTORIZA A UNA PERSONA UN SERVICIO QUE *REQUIERE* Y NO PUEDE COSTEARLO POR SÍ MISMA, POR EL HECHO DE QUE NO SE ENCUENTRA INCLUIDO EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD?**

El derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se *requieran* (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.

De acuerdo con la ley (Ley 100 de 1993) las personas tienen derecho a acceder, en principio, a los servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud (art, 162). Si las personas están afiliadas al régimen contributivo pueden acceder a todo el plan obligatorio de servicios, pero las personas beneficiarias del régimen subsidiado, temporalmente, sólo pueden acceder a una parte de los servicios contemplados en el Plan (sobre esta diferencia la Corte se pronunciará posteriormente).<sup>176</sup> Así pues, el acceso a los servicios de salud que se *requieran* y estén contemplados dentro de los planes obligatorios, está garantizado constitucional y legalmente.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. Así pues, 'no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.'*<sup>21</sup> La jurisprudencia ha precisado las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental a la salud es tutelable, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste

- 1) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

<sup>22</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, "(...) *toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades,*

- 2) ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,
- 3) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,<sup>23</sup> o algún otro derecho fundamental y
- 4) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.<sup>24</sup>

La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas. En otras palabras, *toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.*

La Corte Constitucional ha considerado constitucional la existencia de dos planes obligatorios de salud con contenidos distintos. El primero de ellos, el POS, con los contenidos que se consideran básicos, y al cual tienen derecho las personas que hacen parte del régimen contributivo. El segundo plan de beneficios es el que se garantiza a las personas que forman parte del régimen subsidiado (POS subsidiado), el cual sólo contempla algunos de los servicios contenidos en el primero. Por esta razón, si bien es

---

*intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)*”.

<sup>23</sup> Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

<sup>24</sup> En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que “(...) *es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)*” que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004;MP Clara Inés Vargas Hernández).

constitucional que democráticamente se establezca un trato diferencial en el goce efectivo del derecho a la salud entre aquellos que contribuyen al Sistema de Salud y aquellos que son beneficiarios por solidaridad, en razón a las capacidades financieras y administrativas de la sociedad y del Estado, éste ha de ser temporal. Como se ha reconocido internacionalmente, el derecho a la salud se *'desprende de la dignidad inherente de la persona humana'*. No es posible, por lo tanto, aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad sólo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos. La obligación de unificar los planes de servicios de salud del régimen contributivo y subsidiado, surge pues, del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de universalidad y equidad (Art. 49, CP; Art. 2 y 12, PIDESC). De hecho, de acuerdo con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia tiene la obligación de *'garantizar el ejercicio'* del derecho a la salud (artículo 12 del Pacto), sin discriminación alguna, entre otras razones, por motivos de *'posición económica'*.

La Corte Constitucional considera que, *es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos'* La obligación de unificar los contenidos de los planes de salud a los cuales tienen acceso los ciudadanos es pues, de carácter progresivo. Su cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente, pues supone la realización de una serie de acciones complejas en las que intervienen diversos actores. Ahora bien, la progresividad justifica que se avance por partes, de forma gradual, pero no es una excusa para la inacción. Específicamente, con relación a la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, el carácter progresivo de esta obligación no puede convertirse en una excusa para aceptar, de

forma permanente, la existencia de diferencias en el acceso a los servicios de salud que se requieran, ligadas a la capacidad de pago de las personas, esto es, a su “posición económica”.

Pueblo en sus estudios sobre la cuestión.<sup>185</sup> En este campo se han dado pues, dos tipos de violaciones al derecho a la salud. Por una parte, las entidades aseguradoras han *irrespetado* en ocasiones el derecho a la salud de las personas, al poner barreras y obstáculos para que estos puedan acceder a los servicios contemplados y financiados. Pero por otra parte, el estado no ha *protegido* el derecho de las personas, pues no ha adoptado las medidas adecuadas y necesarias para evitar que estas entidades lo *irrespeten*.

Para la Corte Constitucional, conlleva un irrespeto especialmente grave al derecho a la salud, el no garantizar el acceso a un servicio de salud que se requiere y está incluido dentro del plan obligatorio de salud aplicable, con base en la errada consideración de que dicho servicio no se encuentra incluido dentro del plan, o más grave aún, afirmar que se encuentra excluido del mismo. Ahora bien, algunos de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, pueden estar sometidos a *pagos moderadores*, pero en ningún caso estos se pueden convertir en barreras de acceso para las persona que carezcan de recursos. Tales casos, en los que la persona requiere el servicio *con necesidad*, por carecer de los recursos que le correspondería asumir.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se *requieren* y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.



Con relación al primer caso, es claro entonces que el sistema de salud ofrece dos clases de medicamentos, aquellos que están en el plan obligatorio de salud y aquellos que, requiriéndose y no estando incluidos, son aprobados por el Comité Técnico Científico. Por esto, el Consejo de Estado ha considerado que no incluir dentro del plan obligatorio de salud un medicamento necesario para atender una enfermedad catastrófica (SIDA), no amenaza al derecho colectivo al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, porque “*la no inclusión de medicamentos no impide a las personas acceder a éstos, cuando por prescripción médica sea necesario su consumo.*”

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.208

La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señala que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que *requiera*, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios. Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que *requiera con necesidad*, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

**2. ¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD DE UNA PERSONA UNA ENTIDAD QUE NO LE AUTORIZA EL ACCESO A UN SERVICIO DE SALUD QUE AQUELLA REQUIERE, HASTA TANTO NO CANCELE EL PAGO MODERADOR QUE CORRESPONDA REGLAMENTARIAMENTE, INCLUSO SI LA PERSONA CARECE DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA PARA HACERLO?**

Frente a este problema, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la Sala reitera que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona *irrespeto* su derecho a acceder a éstos, si le exige como condición previa que cancele un pago moderador el interesado que no tiene la capacidad económica de asumir .

Toda persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud que *requiere* (i) cuando se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, o (ii) cuando *requiere* el servicio *con necesidad*, es decir, cuando éste se encuentra sometido a un pago que la persona no está en capacidad de asumir. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona tiene que asumir un '*pago moderador*' (copago, cuota moderadora) o cuando el servicio *requerido* no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio y la persona, o de quien ella depende, carece de la capacidad económica —parcial o total, temporal o definitiva para asumir el costo que le corresponde. Como se dijo toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera '*con necesidad*' — que no puede financiarse por sí mismo—.

Toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la '*atención de la salud*' es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar '*a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*', '*conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad*' .

En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, el legislador estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a *'pagos moderadores'* entendiendo por tales, *'pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles'* (artículo 187 de la Ley 100 de 1993). Los *'pagos moderadores'* pueden ser de dos tipos: aquellos dirigidos a *'racionalizar'* los servicios y aquellos dirigidos a *'complementar la financiación de los servicios prestados'*. El legislador advierte que en el caso de los afiliados cotizantes, los *'pagos moderadores'* sólo pueden ser aplicados con un *'exclusivo objetivo'*, a saber, *'racionalizar el uso de servicios del sistema'*; mientras que en el caso de los beneficiarios, tales pagos también se aplicarán con el objetivo de *'complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS'*.

En el momento de la prestación de los servicios de salud, las instituciones encargadas deben tener en cuenta, siempre, la voluntad expresa y manifiesta del Legislador, de acuerdo con la cual *'en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres'*. Para la Corte, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a *"acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación"*.

La regulación indica que los montos de los pagos moderadores deberán definirse con base en *'el ingreso base de cotización del afiliado cotizante'*, advirtiendo que si existe más de un cotizante por núcleo familiar, el cálculo se hará con base en *'el menor ingreso declarado'*. Adicionalmente, establece que los pagos moderadores (tanto las cuotas moderadoras como los copagos) deben *'aplicarse'* de acuerdo con los principios de (i) equidad, (ii) información al usuario, (iii) aplicación general (de no discriminación), y (iv) de no simultaneidad.

De forma específica, el Acuerdo fija dos límites a las cuotas moderadoras en mención; establece categóricamente que

*‘en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias’,*

*y ‘si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios’.*<sup>25</sup>

No podrán someterse a copagos (1) ‘servicios de promoción y prevención’; (2) ‘programas de control en atención materno infantil’; (3) ‘programas de control en atención de las enfermedades transmisibles’; (4) ‘enfermedades catastróficas o de alto costo’; (5) ‘la atención inicial de urgencias’; (6) ‘los servicios enunciados en el artículo 6°.’<sup>26</sup>

**3. ¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD, ESPECIALMENTE, UNA ENTIDAD ENCARGADA DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS REQUERIDOS, CUANDO NO AUTORIZA A UN NIÑO O UNA NIÑA UN SERVICIO QUE REQUIERE Y SUS RESPONSABLES NO LO PUEDEN COSTEAR, POR EL HECHO DE QUE NO SE ENCUENTRA**

---

<sup>25</sup> Acuerdo 260 de 2004, CNSS, artículo 4°. ‘Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. Las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Si existe más de un cotizante por núcleo familiar se considerará como base para el cálculo de las cuotas moderadoras y copagos, el menor ingreso declarado.’

<sup>26</sup> Acuerdo 260 de 2004, CNSSS, artículo 7°. Los servicios exceptuados expresamente de copagos en el numeral sexto del artículo 7° citado, son los mencionados en el artículo 6°, a saber: ‘(1) Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada. || (2) Consulta externa por médico especialista. || (3) Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios.[...] || (4) Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. [...] || (5) Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. [...] || (6) Atención en el servicio de urgencias [...].’

## **INCLUIDO EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD O PORQUE LA VIDA O LA INTEGRIDAD PERSONAL DEL MENOR NO DEPENDEN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO?**

La respuesta a este problema es afirmativa. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud se viola especialmente, cuando el *servicio requerido con necesidad* es negado a una niña o a un niño, sujetos de especial protección constitucional.

La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (Art. 44, CP). Pero también ha reconocido la protección especial que merecen, por ejemplo, las mujeres embarazadas las personas de la tercera edad y las personas con alguna discapacidad. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha garantizado especialmente el derecho fundamental a la salud de aquellas personas que se encuentran en una relación de sujeción, como por ejemplo, las personas vinculadas a las Fuerzas Armadas o las personas privadas de la libertad.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la especial protección que merecen los niños en materia de salud. Como lo señaló la Sala Plena de la Corte,

*“[l]a Constitución de 1991 significó un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus*

*derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera “sujetos de protección especial” constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo. Pero esta protección tiene una finalidad liberadora del menor y promotora de su dignidad. Por eso, los derechos de los niños deben interpretarse a la luz del respeto y la defensa que demanda la Constitución de su autonomía y de su libertad (pro libertatis).”*

La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son *fundamentales*, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”* (art. 44, CP). Concretamente, se reconoce su derecho fundamental a la salud. Las medidas de protección especial que se debe a los menores deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su *desarrollo armónico e integral* y (ii) *el ejercicio pleno de sus derechos.*” El desarrollo de un menor es *integral* cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es *armónico* cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.

La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto *‘fundamental’*, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos

en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

No obstante, la protección que brinda la jurisprudencia no es suficiente y en muchas ocasiones ha llegado tarde. No son pocos los niños y las niñas que han fallecido esperando que se les reconociera y protegiera su derecho fundamental a la salud. La protección ideal de los derechos de los niños no se logra con una jurisprudencia constitucional robusta y protectora que los garantice cada vez que sean violados; el ideal es que las prácticas aseguren los derechos de los menores de tal forma que no sea necesario ir ante un juez a solicitar su defensa.

**4. ¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD DE UNA PERSONA, LA ENTIDAD ENCARGADA DE GARANTIZARLE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO REQUERIDO CUANDO FUE ORDENADO POR UN MÉDICO QUE NO ESTÁ ADSCRITO A LA ENTIDAD RESPECTIVA, PERO ES ESPECIALISTA EN LA MATERIA Y TRATABA A LA PERSONA?**

En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a

la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.

También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que *requiera*, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un *irrespeto* el derecho a la salud

**4.1 ¿PUEDE EL JUEZ DE TUTELA CONSIDERAR QUE LA ENTIDAD DE SALUD ENCARGADA DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO NO VIOLÓ EL DERECHO DE UNA PERSONA, ÚNICAMENTE POR EL HECHO DE QUE FUE ORDENADO POR UN**



**MÉDICO NO ADSCRITO A LA ENTIDAD, INCLUSO CUANDO LA ENTIDAD ACUSADA NUNCA LO NEGÓ POR ESA RAZÓN, NI SE APORTARON RAZONES MÉDICAS AL PROCESO EN TAL SENTIDO?**

Con base en la jurisprudencia, la Sala reitera que cuando (i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) que la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva

**5. ¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD DE UNA PERSONA, LA ENTIDAD ENCARGADA DE GARANTIZARLE EL ACCESO A UNA PRESTACIÓN SOCIAL DERIVADA DE SU ESTADO DE SALUD (INCAPACIDADES LABORALES), CUANDO SE NIEGA A AUTORIZARLO PORQUE EN EL PASADO NO SE CUMPLIÓ CON LA OBLIGACIÓN DE CANCELAR LOS APORTES DE SALUD DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA ELLO?**

Con base en la jurisprudencia constitucional, la Sala reitera que la acción de tutela es procedente, de manera excepcional, para reclamar el pago de incapacidades laborales, por la importancia que estas prestaciones revisten para la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana. Específicamente, se ha señalado que cuando una entidad promotora de salud no ha hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes atrasados, se allana a la mora y, por ende, no puede

fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones.

**6.¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD DE UNA PERSONA, UNA ENTIDAD ENCARGADA DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD, AL INTERRUMPIR EL SUMINISTRO DE LOS MISMOS PORQUE YA TRANSCURRIÓ UN MES LUEGO DEL MOMENTO EN QUE LA PERSONA DEJÓ DE COTIZAR, EN RAZÓN A QUE AHORA ES DESEMPLEADO?**

Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado. Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea, interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”

Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud. Esta protección se ha reconocido en diferentes ámbitos, como por ejemplo, las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; viola el derecho a la salud una EPS que suspenda el suministro de un tratamiento médico que se requiera, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador. En especial, si se trata de un sujeto de especial protección en salud, por padecer una enfermedad catastrófica o de alto costo, caso en el cual, adicionalmente, no pueden cobrarsele copagos.

**7. ¿DESCONOCE EL DERECHO A LA SALUD UNA ENTIDAD QUE SE NIEGA A AFILIAR A UNA PERSONA, A PESAR DE HABERSE CUMPLIDO EL TIEMPO NECESARIO PARA PODER TRASLADARSE, POR EL HECHO DE QUE DENTRO DE SU GRUPO FAMILIAR EXISTE UNA PERSONA (SU HIJO, UN NIÑO) QUE PADECE UNA ENFERMEDAD CATASTRÓFICA Y, POR TANTO, DEBERÍA ESPERAR MÁS TIEMPO PARA PODER TRASLADARSE?**

Finalmente, cabe señalar que uno de los principios del servicio público en salud es el de la *'libre escogencia'* (art. 153, Ley 100 de 1993), en virtud del cual, el *'Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios'*. Advierte además la ley que quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de la Ley 100 de 1993. La libertad de escogencia es pues, fundamental en el Sistema de Salud vigente, por cuanto permite a las personas desvincularse de aquellas entidades que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho a la salud, a la vez que les permiten afiliarse a aquellas que demuestren que están prestando los servicios de salud con idoneidad, oportunidad y calidad.

La libertad para escoger una nueva entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud, una vez la persona ya esté afiliada, supone un traslado entre entidades, el cual es permitido una vez transcurra un período de tiempo. Sin embargo, este período es de 12 meses para todas las personas, salvo que se trate de un afiliado que padece una enfermedad de alto costo, en cuyo caso el período será del doble, de

24 meses (numeral 9° del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994). Esta disposición, cuya razonabilidad fue estudiada por el Consejo de Estado sería desproporcionada

*“si se obligara a una persona a permanecer en una entidad que dejó de garantizarle el tratamiento que requiere, o dejó de garantizarlo adecuadamente. Si ello ocurriera no se estaría limitando a la persona su derecho a escoger libremente cuál quiere que sea su EPS o su ARS en pro de la eficiencia y sostenibilidad del Sistema, se estaría sacrificando su salud y muy probablemente su vida. Como la norma en cuestión del Decreto 1485 de 1994 contempla expresamente este caso como una excepción para la limitación a la libertad de escogencia, el Consejo de Estado la encontró ajustada a la Constitución Política.”* Específicamente, a propósito de las personas con VIH/Sida, la Corte decidió que *en virtud de los derechos a la igualdad, a la vida y a la salud, una persona con VIH-SIDA tiene derecho a que una EPS o ARS acepte su solicitud de traslado, cuando el motivo del mismo es que la entidad en la que se encuentra afiliado le presta un mal servicio médico. La EPS o ARS que lo reciba podrá aplicar las regulaciones vigentes para obtener la cofinanciación del tratamiento de alto costo.”*

La Sala, teniendo en cuenta la regulación y la jurisprudencia constitucional pertinentes, considera que la respuesta a ésta cuestión es afirmativa, en razón a que la entidad acusada está desconociendo una libertad asociada al derecho a la salud a una persona, con base en una norma de la regulación que no es aplicable.

**8. VULNERA EL DERECHO A LA SALUD LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL POS, SEGÚN LA CUAL SE ENTIENDEN EXCLUIDOS LOS INSUMOS NO MENCIONADOS EXPRESAMENTE EN EL POS, Y PROCEDE EN CONSECUENCIA SU RECOBRO ANTE EL FOSYGA CUANDO SON ORDENADOS POR UN JUEZ DE TUTELA?**

Con base en los criterios de interpretación elaborados por la Corte Constitucional para resolver las dudas acerca de la inclusión o no de un servicio médico en el POS, se responde afirmativamente la anterior pregunta.

## EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. **La primera** ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; **la segunda** ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; **la tercera**, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

### CARACTERÍSTICAS Y DELIMITACION DEL DERECHO A LA SALUD DESDE LA CONSTITUCION, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud "(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo."<sup>27</sup> La salud, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la 'ausencia de afecciones y enfermedades' en una persona. Siguiendo la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es 'un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona.'<sup>28</sup> En términos del

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva.

No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia.<sup>29</sup>

Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto a qué es un derecho fundamental “(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata<sup>30</sup> y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona.”<sup>31</sup> Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental. Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que *‘siendo inherentes a la persona humana’*, no estén enunciados en la Carta.

Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea*

---

<sup>29</sup> Corte constitucional, sentencia T-379 de 2003 MP Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>30</sup> Sentencia SU-225 de 1998. En otras oportunidades, la Corte ha señalado que ciertos derechos se trasmutan en subjetivos y, por lo mismo, en fundamentales.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003 MP Eduardo Montealegre Lynett

*traducible en un derecho subjetivo*”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.

El legislador también se ha pronunciado al respecto, al expedir la ley para ‘mejorar la atención’ de las personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas, en la cual se advierte que el contenido de la ley, y de las disposiciones que las complementen o adicionen, *‘se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona.’* (art. 2, Ley 972 de 2005).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad

humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual<sup>32</sup>, extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.<sup>33</sup> En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer “(...) *que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.*” Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, “(...) *elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.*”<sup>34</sup>

La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

<sup>33</sup> En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, ‘*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*’.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que “...dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.”,



prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la *conexidad*: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en *conexidad* con el goce efectivo de un derecho fundamental.<sup>35</sup> La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad.

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”.<sup>36</sup> Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘*principio de igualdad en una sociedad*’. Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘*un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.*’<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en *conexidad* “*con un principio o con un derecho fundamental*”. Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

<sup>36</sup> 32 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>37</sup> 34 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la 'conexidad', casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró 'artificial' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

*“Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros -una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.*

*Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los*

*principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.”*

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’.<sup>38</sup> Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”<sup>39</sup> La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.<sup>40</sup>

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud.

---

<sup>38</sup> Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

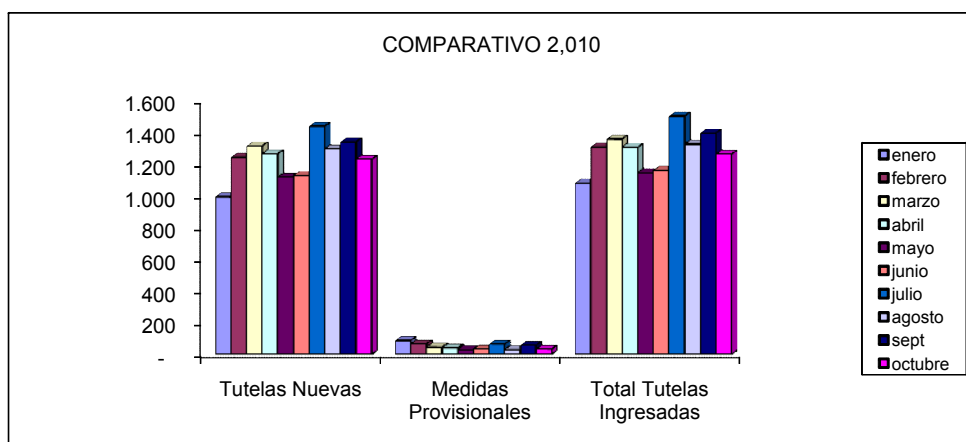
<sup>39</sup> 38 En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere afecta su derecho a la salud

<sup>40</sup> La corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

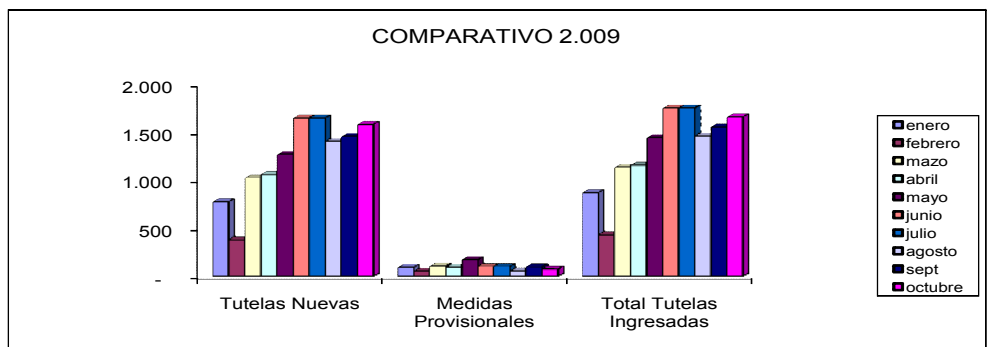
**Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia**

**Análisis Comparativo: Tutelas 2009-2010**

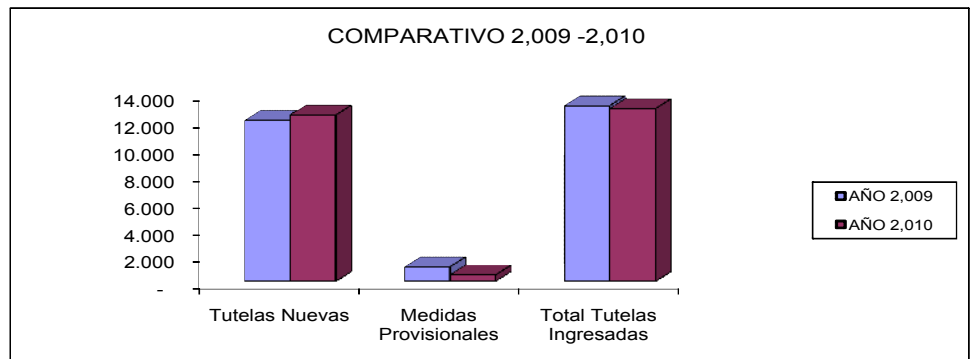
Año 2.010	Tutelas Nuevas	Variación %	Medidas Provisionales	Variación %	Total Tutelas Ingresadas	Variación %
enero	994	25	86	-24	1.080	21
febrero	1.243	6	65	-32	1.308	4
marzo	1.313	-4	44	-9	1.357	-4
abril	1.265	-12	40	-30	1.305	-12
mayo	1.117	1	28	18	1.145	1
junio	1.128	28	33	91	1.161	29
julio	1.439	-10	63	-54	1.502	-12
agosto	1.295	3	29	93	1.324	5
septiembre	1.339	-8	56	-43	1.395	-10
octubre	1.230		32		1.262	
TOTALES	12.363		476		12.839	



Año 2.009	Tutelas Nuevas	Variación %	Medidas Provisionales	Variación %	Total Tutelas Ingresadas	Variación %
enero	778	-51	94	-45	872	-50
febrero	382	168	52	108	434	161
mazo	1.025	4	108	-12	1.133	2
abril	1.063	19	95	84	1.158	25
mayo	1.267	8	175	30	1.442	11
junio	1.370	20	227	-55	1.597	10
julio	1.648	-15	103	-47	1.751	-17
agosto	1.402	4	55	85	1.457	7
septiembre	1.454	9	102	-25	1.556	
octubre	1.582		77		1.659	
<b>TOTALES</b>	<b>11.971</b>		<b>1.088</b>		<b>13.059</b>	



Año	Tutelas Nuevas	Variación %	Medidas Provisionales	Variación %	Total Tutelas Ingresadas	Variación %
2.009	11.971	3	1.088	-56	13.059	-2
2.010	12.363		476		12.839	



De acuerdo a la informacion suministrada por la Direccion Seccional de Salud y proteccion Social de Antioquia, se observa como la Tutela es el mecanismo mas ascequible por los ciudadanos cuando se le esta vulnerando o violando el derecho Fundamental a la Salud, el cual es un Derecho Autonomo.

Hemos analizado, que mensualmente a los diferentes juzgados Civiles de Circuito,entran aproximadamente de 10 a 12 tutelas de las cuales de 8 a 10 son falladas a favor del interesado.

En los juzgados civiles municipales, al año ingresan aproxiamdamente 99 tutelas en materia de Salud,de las cuales el 80% son resueltas a favor del accionante; de estas en la mayoría se cumple con la pretension durante el tramite de la tutela, y se da el fenomeno llamado Hecho Superado, lo que significa que se cumple con lo pedido hasta antes de darse el fallo en primera instancia.

Según el cuadro comparativo se observa el ingreso anual de las tutelas que se interponen en materia de Salud, y puede deducirse que se ha aumentado en un bajo porcetaje del año 2010 en consideracion con el año 2009. Si bien es cierto en el ultimo año (2010) encontramos aproximadamente 12.363 tutelas en materia de salud, de estas ingresan aproximadamente de 8.000 a 10.000 Tutelas por exclusion a medicamentos y tratamientos medicos que se encuentran por fuera del plan obligatorio de salud(POS), de estas el 60% son falladas a favor en primera instancia, el 10% en segunda isntancia y el otro 10% son negadas.

## ANÁLISIS SENTENCIA T 760 DE 2008

La Corte Constitucional establece órdenes precisas para aclarar y actualizar el POS

La Corte Constitucional, profirió la Sentencia T- 760 de 2008, en la que hizo énfasis en el derecho fundamental a la salud, el sistema de seguridad social en salud, los derechos y la financiación de los servicios de los afiliados al sistema de salud. Para el efecto, la Corte dio órdenes precisas para que el gobierno nacional **aclare, actualice y defina en términos de igualdad el POS y asegure el flujo de recursos en el sistema. Así mismo, estableció un** cronograma para el seguimiento y cumplimiento de las órdenes de la Corte. Señaló la Corte que el derecho a la salud es fundamental en relación con otros derechos y es tutelable, entre otros, cuando:

- Los servicios de salud se requieren de acuerdo con el concepto del médico tratante, máxime si se trata de un menor de edad.
- Si se carece de capacidad económica y el acceso al servicio se ve obstaculizado ante la exigencia previa del pago de sumas de dinero.
- El servicio requerido es un examen o prueba diagnóstica.
- La persona incumplió el pago de las cotizaciones a la salud, y la EPS se allanó a la mora;
- El servicio se solicita para enfrentar enfermedades catastróficas y de alto costo:
- El servicio de salud es interrumpido súbitamente;
- No se brinda la información, acompañamiento y seguimiento para asegurar el acceso a un servicio de salud.
- Se obstaculiza el acceso al servicio, al trasladarle al usuario cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS;

- El servicio solicitado hace parte integral de un tratamiento en curso o que se tiene derecho a recibir.

La Corte Constitucional reiteró que “*el derecho a la salud es fundamental*”. Ello no significa que sea absoluto. Sin embargo, como cualquier derecho fundamental, la salud tiene un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas. Además, el ámbito de dicho derecho puede ser objeto de limitaciones que, para ser admisibles, deben estar justificadas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El derecho a la salud debe ser *respetado* por las entidades responsables de asegurar y prestar servicios de salud (IPS y EPS). Además, los órganos de regulación y vigilancia del Sistema tienen el deber de adoptar las medidas para *proteger el derecho a la salud*. En relación con el *respeto* al derecho a la salud de los tutelantes, la Corte amparó el acceso al servicio solicitado, y reiteró su jurisprudencia.

En relación con el deber de *proteger* la salud, por parte de los órganos estatales respectivos, la Corte constató la existencia de fallas en la regulación (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Comisión de Regulación de la Salud y Ministerio de Protección Social) y omisiones por parte de los entes de vigilancia del sistema (Superintendencia de Salud). Por lo tanto, impartió órdenes encaminadas a asegurar que se proteja de manera efectiva el derecho a la salud dentro del sistema vigente, es decir, el creado por la Ley 100 de 1993 con sus posteriores modificaciones. Estas órdenes se refieren a dos temas.

Primero, la reforma de los planes de beneficios, su actualización periódica y su adecuación para que tanto el POS como el POSS respondan a las necesidades de salud de la población. Al respecto impartió las siguientes órdenes: *(i)* adoptar medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y lograr la actualización periódica de los mismos; *(ii)* unificar los planes de beneficios (POS y POSS), primero en el caso de los niños y, luego, progresivamente en el caso de los adultos teniendo en cuenta su adecuada financiación; *(iii)* ampliar las competencias del



Comité Técnico Científico de cada EPS para que también se pronuncie sobre si aprueba o niega solicitudes de servicios médicos diferentes a medicamentos en cualquiera de los regímenes y; (iv) adoptar las medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS.

El segundo tema es asegurar el flujo de recursos al Sistema de salud, de tal forma que se garantice el goce efectivo del derecho mediante su financiación sostenible y oportuna. Al respecto se ordenó (i) agilizar la ejecución de las sentencias de tutela; (ii) adoptar un plan de contingencia para asegurar los pagos de los recobros atrasados en el FOSYGA; y (iii) corregir las trabas en el sistema de recobros, como la definición del momento de ejecutoria de las sentencias de tutela y las llamadas “glosas”.

Adicionalmente, como medidas complementarias para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, se ordenó, (i) proteger el derecho a la información, mediante la distribución a las personas afiliadas de una *carta de derechos* de los usuarios y una *carta de desempeño* de las entidades del sector de la salud y (ii) adoptar medidas para que progresivamente se alcance la cobertura universal del Sistema antes de enero de 2010.

La sentencia también señala que los indicadores de gestión y de resultados en el ámbito de la salud - ya establecidos en la Ley 1122 de 2007, artículo 2- deben incorporar la medición del goce efectivo del derecho a la salud por parte de las personas. Además, ordenó que antes del 1 de Febrero de 2009 se presente el primer informe sobre disminución de acciones de tutela de tal forma que se indique cómo las personas pueden acceder de manera oportuna a los servicios de salud ordenados por el médico tratante sin tener que esperar a que se resuelva en su favor una acción de tutela.

## Conclusiones

Luego de haber culminado esta monografía, “LA ACCION DE TUTELA COMO HERRAMIENTA PARA ACCEDER A LOS MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS MEDICOS POR FUERA DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS)”, hemos logrado evidenciar con claridad la importancia de la inclusión de este instrumento judicial colombiano, propio de las instituciones del derecho de amparo en nuestra carta política de 1991, como la herramienta más efectiva a la hora de proteger los derechos constitucionales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En materia de salud encontramos que la tutela se ha convertido en el método más eficaz en la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales, en un principio se consideraba que la salud como derecho prestacional debía ser conectado con un derecho fundamental para poder ser objeto de protección por vía de tutela; hoy en día la corte constitucional ha optado por una nueva posición y ha llegado a reconocer el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud.

Es de importancia resaltar que si bien el estado esta obligado a garantizar el derecho fundamental a la salud, ya sea mediante sus entes o entidades descentralizadas, este debe velar por el bienestar de la sociedad y garantizar el servicio esencial publico en salud, para lo cual se crean algunos planes en el sistema

de seguridad social; entre estos encontramos el POS que es el conjunto de reconocimientos económicos y servicios de atención en salud al que tiene derecho todo afiliado en caso de necesitarlos, no obstante existen algunos medicamentos que se encuentran excluidos de este plan, muchos de ellos por ser considerados de alto costo y porque de incluirlos se estaría atentando contra el equilibrio financiero del sistema, razón por la cual la única forma que tienen los usuarios para acceder a estos, es mediante la acción de tutela.

Aunque las EPS no pierden nada al suministrar estos medicamentos, porque pueden repetir contra el Fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA), en muchas ocasiones se niegan, teniendo los usuarios como único mecanismo de protección del derecho a la salud, la acción de tutela; que hoy en día juega un papel protagónico en materia de salud, pues es evidente como en la actualidad aumentan cada vez mas el numero de demandas en contra de las entidades prestadoras del servicio en salud, en su negación de suministrar medicamentos esenciales para la vida del paciente. Y es ahí donde se quebranta este derecho que gracias a la corte constitucional que es la encargada de velar por la constitución y los derechos fundamentales le da el rango de fundamental; la sentencia T 760 del 31 de julio de 2008, es considerada la sentencia unificadora de la corte, en la que aparte de darle a la salud el carácter de fundamental y autónomo, busca corregir las fallas estructurales que limitan el acceso de los usuarios a los servicios de salud, también aparta al sistema de salud de un camino que conducía a la falta de sostenibilidad financiera, para que de ahí en adelante la salud sea asequible sin necesidad de acudir al mecanismo de la acción de tutela.

La Corte Constitucional impartió órdenes y compelió a las autoridades, incluyendo al Ministerio de Protección Social y los organismos de supervisión y regulación de la salud, a modificar la regulación que causa problemas dentro del sistema. Un elemento central de lo dispuesto por la Corte es la actualización, aclaración y

unificación de los planes de cobertura de salud Conocidos como (Plan Obligatorio en Salud contributivo y Plan Obligatorio en Salud Subsidiado). Así mismo, la Corte ordenó que se acelere la asignación de recursos al sistema, y mejorar la evaluación y supervisión de las empresas privadas que proveen servicios de salud.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, es crucial la reafirmación del derecho a la salud como un derecho fundamental. En términos teóricos, la Corte Constitucional innova al impartir órdenes generales que se parecen más a políticas públicas que a dictámenes judiciales, llegando así a incluir mecanismos de seguimiento.

De acuerdo con el objetivo general de esta monografía, podemos concluir que la Acción de Tutela es un mecanismo Eficaz para acceder a medicamentos y tratamientos médicos que están por fuera del POS, ya que al realizar un estudio riguroso en las diferentes entidades encargadas de la protección del Derecho a la Salud, entre ellas, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y los diferentes Juzgados, se pudo observar que la Tutela en su mayoría es fallada a favor de el accionante. De cada 100 Tutelas que ingresan a los despachos el 80% son a favor. Y de las 9.000 tutelas que aproximadamente se presentaron en el año en curso del 70 al 85% son concedidas positivamente al interesado. De lo cual se desprende que hoy en día este mecanismo es el más efectivo y de mayor acceso por los ciudadanos a la hora de proteger los derechos fundamentales constitucionales en especial el Derecho a la Salud.

## BIBLIOGRAFIA

- ❖ FAJARDO BAUTISTA, Sergio Hernán. Algunos Aspectos Procedimentales de la Acción de Tutela.
- ❖ FORERO VASQUEZ, Ricardo Esteban y otros. Lo que usted debe saber sobre la acción de tutela. Defensoría del Pueblo.2008.
- ❖ ORTIZ GUTIERREZ; Julio Cesar. Revista Juris Dictio, año1 numero 1, segundo semestre de 2006.
- ❖ Cartilla de Seguridad Social y Pensiones. Editorial legis. 2007.
- ❖ VÉLEZ ARANGO, Alba Lucia, Delgado Realpe cecilia y Gonzaga Valencia Hernández. Editorial Universidad de Caldas. 2010.

## **CIBERGRAFIA**

- ❖ [http://www.uniderecho.com/leer\\_articulo\\_Derecho-En-general\\_7\\_1141.html](http://www.uniderecho.com/leer_articulo_Derecho-En-general_7_1141.html).
- ❖ <http://www.encolombia.com/derecho/RevistaJurisDiction/Asomagister11206/Asomagister11206Laaccion.htm>.
- ❖ [http://www.escri-net.org/usr\\_doc/SentenciaSALUDT-760-2008.pdf](http://www.escri-net.org/usr_doc/SentenciaSALUDT-760-2008.pdf).