

EL DERECHO A LA SALUD, SU PROTECCIÓN MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA Y SUS REPERCUSIONES EN EL APARATO JUDICIAL COLOMBIANO

El derecho a la salud, su protección mediante la acción de tutela y sus repercusiones en el aparato judicial colombiano

Silvia Patricia Bustamante Mejía

Elisa Jaramillo Cadavid

Universidad Pontificia Bolivariana

Director del presente trabajo: Carlos Andrés Gómez García.

Nota de las autoras:

Silvia Patricia Bustamante Mejía es estudiante de decimo semestre de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín, dicho trabajo fue confeccionado en el marco de la práctica corporativa y como requisito para optar al grado de abogada.

Elisa Jaramillo Cadavid es estudiante de decimo semestre de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín, dicho trabajo fue confeccionado en el marco de la práctica corporativa y como requisito para optar al grado de abogada.

Más información sobre el presente trabajo puede solicitarla a:

Silvia.bustamante@upb.edu.co

Elisa.jaramilloc@upb.edu.co

La salud en Colombia es un derecho fundamental a partir del año 2015 y en esta medida, el mismo se encuentra amparado por la acción de tutela como mecanismo de protección. Sin embargo, a la crisis del sistema de salud que afronta el país actualmente, la cual incrementa a diario gracias a la inexistencia de soluciones políticas y administrativas de fondo dirigidas a resolver sus problemas estructurales, debemos sumarle el hecho de que los jueces colombianos, en el caso de la acción de tutela en salud, se han vuelto cobradores de los servicios adeudados por las empresas encargadas de prestar los servicios en salud y han dejado a un lado su rol de ordenadores de gastos extraordinarios encargados de velar por la efectiva prestación de un servicio especial o la protección de un derecho fundamental que está siendo vulnerado.

PALABRAS CLAVES:

Salud, tutela, tratamiento integral, fallo, EPS.

TABLA DE CONTENIDO:

I. INTRODUCCIÓN:.....	4
II. LA SALUD EN COLOMBIA Y SU DEFENSA CONSTITUCIONAL.....	5
III. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO ..	8
IV. CONGESTIÓN EN EL SISTEMA JUDICIAL DERIVADA DE SU INTERVENCIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD.	13
V. TRATAMIENTO INTEGRAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL SISTEMA DE SALUD.	16
VI. CASO CONCRETO DE ABUSO DEL SISTEMA A RAÍZ DEL AMPARO DE TRATAMIENTO INTEGRAL.....	22
VII. CONCLUSIONES.....	27

I. INTRODUCCIÓN:

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN POR VÍA DE TUTELA.

Con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991, se estableció que Colombia sería un Estado social de derecho y con ello, se aclaró en el artículo segundo de la Constitución que dentro de los fines del Estado estarían el de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Así, como forma de consagración de los derechos de los colombianos, se estableció en el artículo 48 de la misma, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable, está en cabeza de todos los habitantes del territorio colombiano y bajo el control Estatal; y que, deberá ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Asimismo, en el artículo 49 de la Carta Política, se indicó que “toda persona tiene el derecho de acceso a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y que debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (Corte Constitucional, T – 062, 2017)

En desarrollo de las normas constitucionales señaladas, se expidió también en Colombia la Ley 100/1993, norma creadora del Sistema General de Seguridad Social, cuyo objetivo fue el amparo y protección de las posibles contingencias a las que la población puede exponerse en materia económica y de salud. Y con esta, se estructuraron: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios. De igual forma, se dispuso que una de los principales objetivos del Sistema General en Salud fuera el poder “crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros” (Corte Constitucional, T- 062, 2003)

Posterior a la normatividad enunciada, la Corte Constitucional vía jurisprudencial, comenzó a reconocer el derecho a la seguridad social, como un derecho

fundamental, delimitando este como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.” (Corte Constitucional, T- 1040, 2008) Para finalmente, reconocerse el carácter fundamental de este derecho en la Ley 1751 de 2015.

El hecho de que el derecho a la seguridad social se consagrará como fundamental en el país a partir del año 2015, implicó que el Estado asumiera la obligación adoptar las medidas necesarias para una prestación adecuada del servicio de salud, que permitan la materialización del mismo con el cumplimiento del más alto nivel de calidad e integralidad posible. Y que, en caso de que se encontrara de alguna manera amenazado este derecho, el mismo podría ser protegido mediante la acción de tutela.

II. LA SALUD EN COLOMBIA Y SU DEFENSA CONSTITUCIONAL.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial que ha tenido la Constitución colombiana, se ha evidenciado la clara diferencia en la que se ha enmarcado el tribunal respecto de derechos fundamentales y derechos sociales; frente a estos últimos ha sostenido la posibilidad de protegerlos vía judicial pero de manera indirecta, es decir, estos solo resultan protegidos por conexidad con los derechos fundamentales, por lo tanto, para que un derecho social sea protegido se “requiere que la desprotección que se invoca ante el juez implique la afectación de otro derecho que se considera fundamental y de aplicación inmediata” (Villegas & Yepes, 2006, pág. 448)

Esto es importante, porque anteriormente, la salud se consideraba un derecho social y esto llevo a que la Corte en su jurisprudencia a partir de 1999 indicara que una persona puede instaurar una tutela para proteger su derecho a la salud en los

casos en que “la prestación medica sea necesaria para llevar una vida digna, el demandante haga parte del sistema de seguridad social contributivo y se encuentre vinculado a una EPS.” (Villegas & Yepes, 2006, pág. 449) Esto generó serias críticas en contra de la Corte, de las cuales Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes en su artículo *Controversias en torno a la acción de tutela* (2006) resaltan cuatro:

- “1. Los costosos tratamientos ordenados por vía de tutela para salvar unas pocas vidas drenan recursos que podrían ser utilizados más eficientemente para ampliar la cobertura en salud a los sectores más pobres de la población.”
2. “Los jueces, al no tener una visión de conjunto de las necesidades de salud de la población, repartirán los recursos de manera arbitraria.”
3. “Las sentencias de la Corte Constitucional desconocen la necesidad de llevar a cabo un debate democrático sobre el alcance del derecho a la salud.”
4. “En una sociedad pobre, como la nuestra, los tratados internacionales sobre la materia solo exigen que los derechos sociales se realicen de manera progresiva” (Villegas & Yepes, 2006, págs. 450 - 451)

Sin embargo, dicen los autores que en la medida en que se acepte y adopte el carácter normativo de la Constitución Colombiana, pues necesariamente tendrá que aceptarse que estos derechos sociales sean protegidos por la justicia, específicamente, en el caso de la protección al derecho a la salud, tendría que “construirse una teoría capaz de articular la protección del derecho a la vida digna con el respeto de la igualdad” (Villegas & Yepes, 2006, pág. 451)

Empero, la discusión anterior perdió toda relevancia cuando el derecho a la salud fue consagrado en la ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) como un derecho fundamental autónomo, del cual hay que asegurar su prestación junto con los derechos fundamentales a la vida e integridad personal, consagrados en los artículos 1, 11, 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Así las cosas, hoy en día el derecho a la salud es un derecho constitucional y un servicio público a cargo del Estado y en favor de todos los habitantes del territorio nacional consagrado en la ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) como un derecho fundamental autónomo implicando esto que su negación configura la posibilidad de reclamar vía acción de tutela la protección de este derecho. En este sentido, la Sentencia T 781 de 2013 indico:

“El derecho constitucional a la salud, reiterativamente asumido como fundamental por esta Corporación es pasible de ser amparado mediante acción de tutela, en particular cuando se trate de (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico; y (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no pueden acceder por incapacidad económica para asumirlas...”

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que... por argumentos válidos y suficientes, de relevancia constitucional, se concluya que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro grave, o amenaza inminente contra otros derechos fundamentales, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho fundamental a la salud dentro de un Estado social de derecho” (Corte Constitucional, T - 781, 2013)

La citada Sentencia indica además que, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia y la evolución de la jurisprudencia constitucional, la salud tiene una doble connotación -derecho fundamental y servicio público-, lo cual implica que todas las personas pueden acceder al servicio de salud, y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así, según el artículo 49, debe el Estado “organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes... establecer las políticas para la prestación del servicio de salud por entidades privadas y ejercer

su vigilancia y control”, lo cual se une perfectamente con los fines esenciales del Estado social de derecho (art. 2º ib.), de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, que incluyen “proteger a todas las personas residentes en Colombia” en la plenitud de sus derechos y “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Por su parte, la Sentencia T 212 de 2011 dijo:

“...cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos.”

Adicionalmente, la Sentencia T – 121 de 2015 indico:

“...en el ámbito internacional, se ha destacado que este derecho implica que se les asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “más alto nivel posible de salud física y mental”. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible. Además, el derecho a la salud incluye los siguientes elementos esenciales: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional.” (Corte Constitucional, T - 121, 2015)

III. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

Es evidente que en Colombia los jueces juegan un papel fundamental en todo lo que tiene que ver con el sistema de salud y en esta medida, es importante resaltar, o mejor, indagar sobre el papel de estos, sin embargo, como dijo César Rodríguez Garavito, en su artículo “La judicialización de los derechos: el caso de la salud” (2012)

“los jueces son apenas uno de los actores relevantes e interactúan, a veces colaborando, a veces chocando, con una amplia variedad de actores públicos y privados, desde el Gobierno Nacional hasta los médicos, pasando por los aseguradores privados o las empresas promotoras de salud (EPS), las empresas farmacéuticas, los hospitales y demás instituciones prestadoras de servicios (IPS), los movimientos sociales y las organizaciones de derechos humanos entre muchos otros...” (Garavito, 2012, pág. 461)

Como se dijo anteriormente, en un primer momento, la Corte estableció el criterio de “conexidad”, según el cual, el derecho a la salud podrá ser reclamado vía judicial cuando la falta de determinada prestación pusiera en riesgo la vida del accionante o su posibilidad de acceder a una vida digna. Posteriormente, con la expedición de la ley 100 de 1993, con la cual se creó el Plan Obligatorio de Salud (POS), los jueces se vieron obligados a enfrentar conflictos aún más graves, en tanto, las personas comenzaron a acudir a la acción de tutela para solicitar servicios de salud que no estaban incluidos dentro de dicho plan, empero, la Corte acudió también al criterio de conexidad en estos casos, ordenando en reiteradas ocasiones el suministro de lo prescrito por el galeno tratante aun cuando dicho servicio estuviere excluido del POS.

En vista de lo anterior, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial evidenciaron la necesidad de reducir la cantidad de tutelas atacando sus causas estructurales al implementar medidas que tenían como finalidad racionalizar el uso de tutela. Para César Rodríguez Garavito, una de estas medidas fue la expedición de la Ley 1122 de 2007, ya que esta *“buscó disminuir los recobros al crear incentivos para que los comités técnico – científicos (CTC) de las EPS estudiaran rigurosamente las peticiones de medicamentos de alto costo no incluidos en el POS”* (Garavito, 2012,

pág. 464) y esto fue apoyado por la Corte Constitucional, quien en Sentencia T – 760 de 2008 “... marco el giro de una aproximación casuística a los conflictos de tutela a un enfoque estructural que se concentra en resolver las fallas sistémicas que subyacen el alud de litigios individuales” (Garavito, 2012, pág. 465), finalmente, encontramos como avance en este sentido la expedición de la ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

Empero, es necesario ir más allá de lo mencionado anteriormente para entender la intervención judicial en el sistema de salud, es decir, se requiere “asomarse al interior de los litigios para observar cuales son los conflictos que dan lugar a ellos, quienes son sus protagonistas y cuál es su desenlace” (Garavito, 2012, pág. 465). Al respecto, César Rodríguez Garavito, en su artículo “La judicialización de los derechos: el caso de la salud” (2012) identifica principalmente cuatro (4) causas por las que los pacientes acuden a la tutela en Colombia:

1. Prestación de un tratamiento.
2. Suministro de medicamentos.
3. Realización de cirugías
4. Otorgamiento de una consulta médica o realización de una imagen diagnóstica.

Por otro lado, indica el autor que en lo que tiene que ver con el perfil social de los pacientes que recurren a la tutela en lo referente a salud, se ha evidenciado que mujeres y hombres acuden a este tipo de acción en proporciones similares. Sin embargo, debemos tener en cuenta en este punto también la distribución de los demandantes entre afiliados al sistema de contributivo y afiliados al sistema subsidiado, así como la edad de estos.

Finalmente, frente al desenlace de la tutela, indica Garavito que “los jueces tienden claramente a conceder las tutelas, y que solo en casos excepcionales se niegan a ordenar lo demandado por los pacientes” (Garavito, 2012, pág. 468). De lo que concluye que “la tutelas en salud encajan bien, por tanto, en la categoría de

“litigios rutinarios” que son decididos masiva y repetidamente por los jueces en un mismo sentido” (Garavito, 2012, pág. 468)

Entonces, en los casos en los que los potenciales litigantes, es decir, los usuarios, hacen sus peticiones a los actores del sistema y reciben una respuesta placentera, no es necesaria la intervención del aparato judicial. Sin embargo, las peticiones pueden volverse quejas dependiendo de la demanda y oferta de soluciones, las cuales están supeditadas a su vez al sistema de salud, los procedimientos para la resolución de conflictos y la respuesta de los actores del sistema a las solicitudes de las personas.

Rodríguez Garavito, indica que en este proceso existe también una etapa posjudicial, la cual implica que una vez la queja llega ante los jueces y estos dictan sentencia, los actores del sistema de salud deben cumplir las órdenes del fallo, so pena de sanciones, las cuales se encuentran consagradas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, que rezan:

“Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción”

“Artículo 53. Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte.”

Por otro lado, César Rodríguez Garavito, en su artículo “La judicialización de los derechos: el caso de la salud” (2012) hace referencia a los impactos de la tutela, los cuales clasifica en:

- Efectos directos: entendidos como *“aquellos que afectan a los participantes del caso, ya sean estos litigantes, beneficiarios u organismos estatales destinatarios de las órdenes”*
- Efectos indirectos: *“son todas las consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes del juez, se derivan de la sentencia”*
- Efectos materiales: cambios tangibles y demostrables en la conducta de un grupo o individuo.
- Efectos simbólicos: cambios en las ideas, percepciones y concepciones que se relacionan con el objeto del litigio.

El actor hace énfasis en que los jueces tienden a concentrarse en los efectos materiales directos por implicar estas consecuencias económicas, políticas y judiciales palpables, de lo que se deriva que, en reiteradas ocasiones, dejen de lado los impactos indirectos y colectivos que pueden tener sus fallos, por ejemplos, los costos de oportunidad de las tutelas y su impacto en la política económica y social del país, generando con esto ineficiencias en el sistema judicial.

De todo lo planteado anteriormente concluye Rodríguez Garavito que *“existe un círculo de retroalimentación entre las respuestas prejudiciales y posjudiciales de los actores del sistema. Esto sugiere que el ciclo de la judicialización describe una trayectoria de espiral: ... la judicialización de la salud ha tenido origen en fallas institucionales que dan lugar a reclamos que no son resueltos por el sistema de salud y que, gracias a la accesibilidad del sistema de justicia, terminando generando una alta demanda de soluciones judiciales. El ciclo se repite cuando las*

respuestas de los actores del sistema o bien dejan intactas las fallas originales, o bien alientan explícitamente la utilización de la tutela” (Garavito, 2012, pág. 470)

IV. CONGESTIÓN EN EL SISTEMA JUDICIAL DERIVADA DE SU INTERVENCIÓN EN EL SISTEMA DE SALUD.

Uno de los elementos más innovadores de la Constitución Política de 1991 fue la introducción de la acción de tutela como mecanismo para la protección inmediata de derechos fundamentales, este fue consagrado en el artículo 86 el cual reza:

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

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

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

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

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya

conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”

Este mecanismo fue a su vez desarrollado por el Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Respecto a la contribución que ha tenido la tutela como mecanismo inmediato de protección han surgido diferentes posturas, en tanto, hay quienes consideran que constituye un avance innegable frente a la democracia y otros indican que esta se presenta más bien como un mecanismo adicional de congestión judicial y desarticulación institucional que afecta notoriamente la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica en el país.

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes en su artículo “Controversias en torno a la acción de tutela” (2006) indican que la tutela ha provocado fundamentalmente tres grandes controversias:

1. “En qué medida ha sido un factor de congestión y qué hacer con la posible congestión que ha provocado”
2. “En qué medida esta acción judicial ha provocado inseguridad jurídica y ha afectado la cosa juzgada debido a la existencia de tutelas contra providencias judiciales y qué se debe hacer frente a ese fenómeno y,”
3. “Si se debe o no mantener la tutela para la protección de los derechos sociales.”

Para los fines que nos proponemos resulta importante ahondar en el estudio del primer interrogante planteado por los autores. Así las cosas, se dice que el crecimiento en el número de tutelas ha generado una importante presión en el aparato judicial sobre todo si a este aumento le sumamos el hecho de que la demanda general de justicia ha crecido también, aunque en menor medida que la demanda de tutela, sin embargo, el número de casos no es el único factor que debe tenerse en cuenta, también debemos considerar el tiempo y los recursos que

los jueces dedican a sacar adelante este tipo de pretensiones. Empero, consideran García Villegas y Uprimny Yepes que *“el crecimiento de la demanda de tutela no debe verse solo en términos negativos, como un aumento de la congestión judicial. Estos datos también muestran un incremento del acceso a la justicia, lo cual es muy bueno”* (Pag. 440).

Por lo tanto, indican los autores, que cualquier solución que se plantee para enfrentar la congestión judicial derivada del ejercicio de la acción de tutela debe aplicarse teniendo en cuenta que una de las virtudes de este mecanismo fue *“haber facilitado el acceso a la justicia y haber permitido que la constitución sea realmente aplicada”* (Pag. 440) y en esta medida, para enfrentar la presión que se ejerce sobre el sistema judicial general lo que debemos hacer es, preguntarnos por los factores que hacen que los ciudadanos acudan a este mecanismo para intentar la protección de sus derechos, es decir, *“tratando de incidir en la demanda por medio de políticas públicas destinadas a reducir los abusos que llevan a los ciudadanos a utilizar este mecanismo judicial”* (Pag. 440) ya que estos problemas se deben principalmente a la efectividad que tiene este mecanismo o que se cree que tiene, para solucionar por vía judicial todo tipo de conflictos.

Entonces, muy bien dicen García Villegas y Uprimny Yepes que *“la mejor forma de solucionar democráticamente la posible congestión derivada de la tutela es atendiendo, por otras vías, la demanda que la alimenta y también porque consideramos que... las acciones judiciales no son únicamente un instrumento para resolver controversias específicas sino que, - por ello mismo – representan igualmente un sistema de información muy útil que tiene el Estado para detectar dónde están los problemas sociales que ameritan intervenciones públicas”* (Págs. 44 – 45)

Por otro lado, es indispensable indicar que, para los autores del artículo anteriormente mencionado, otro factor que congestiona notoriamente la tutela, está relacionado con la crisis del sistema de salud, por lo que se requiere de soluciones políticas y administrativas de fondo que estén dirigidas a resolver

problemas estructurales de este sector para así reducir, considerablemente, el número de tutelas presentadas por este tipo de servicios.

V. TRATAMIENTO INTEGRAL Y SUS REPERCUSIONES EN EL SISTEMA DE SALUD.

Como ya se dijo, la acción de tutela podemos entenderla como un mecanismo judicial de carácter subsidiario, excepcional y sumario, comprendido en el artículo 86 de la Constitución, que permite, la protección constitucional de derechos fundamentales cuando estos se ven “vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial” (Corte Constitucional, C - 502, 2006). Como exigencia se tiene además que se debe fundamentar, como lo ha reiterado la jurisprudencia, “**en hechos ciertos y reconocidos** de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales” (Corte Constitucional, C - 502, 2006) (Negrilla fuera del texto original)

Frente al particular, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado respecto de la improcedencia de la tutela como mecanismos de prevención de hechos futuros e inciertos, expresando que, “en aquellos casos en los que se instaura acción de tutela de manera preventiva, para evitar la ocurrencia de unos hechos que no se configuran de manera cierta y probada, el juez deba negarla por carencia actual de objeto” (Corte Constitucional, T - 424, 2011). Y frente al particular, la Corte ha entendido que “el fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío.” (Corte Constitucional, T - 358, 2014)

Por otro lado, la Corte Constitucional ha recordado, que la acción es procedente cuando existen vulneraciones a derechos fundamentales ciertos y reales, rezando que, “en el entendido de que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultará viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales. ” (Corte Constitucional, C - 502, 2006)

No obstante los planteamientos mencionados en los párrafos anteriores relativos a la certeza como condicionante de la protección, en materia de salud, la Corte ha venido otorgando tratamiento integral a los diagnósticos tutelados, enfatizándose en que “el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón se deben orientar todos los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.” (Corte Constitucional, T – 178, 2017)

Por los planteamientos y contradicciones en las que ha incurrido la Corte, se hace necesario decir que, el principio de integralidad en materia de salud tiene dos perspectivas, la primera, relativa al concepto y dimensiones de la salud; y la segunda, relativa a la totalidad de prestaciones demandadas o requeridas para el tratamiento, mantenimiento y mejoría de las condiciones de vida de las personas.

Con relación a la segunda perspectiva del principio de integralidad y raíz del recorrido que ha tenido el derecho a la salud en Colombia, podemos decir que, dar cumplimiento a este principio constituye el surgimiento de una obligación para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, y en últimas, para el Estado, de prestar el servicio de manera eficiente; lo cual incluye, entrega oportuna y completa de los medicamentos, autorización total de tratamientos, consultas,

terapias, procedimientos, intervenciones, exámenes médicos, controles, y demás medicamentos, insumos y servicios que el usuario requiera y que sean considerados como necesarios y pertinentes por concepto de su médico de cabecera.

Así las cosas, es posible que el usuario cuyas dolencias lo aquejan, solicite mediante el mecanismo de acción de tutela, la cobertura del tratamiento integral de su o sus “patologías”, en pro de garantizar la atención integral de todas las prestaciones relacionadas con sus afecciones, prestaciones que, según el deber ser, debieron haber sido previamente determinadas por su médico tratante.

En este punto, se toca un tema crucial y es el relativo al deber ser, ese deber de saber - al menos con cierto grado de certeza-, qué tratamiento es el que se va a requerir, qué es lo que se le va a garantizar al usuario, o a lo menos, hasta dónde va la cobertura de dicha patología mediante el fallo de tutela. Para ello, la jurisprudencia constitucional, ha traído unos parámetros a observar por parte del juez a la hora de emitir el fallo de tutela, los cuales son: “(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.” (Corte Constitucional, T – 178, 2017) Parámetros que, si bien pudiéramos decir que en un principio fueron acertados, en últimas, no delimitan, ni logran orientar de forma contundente, la decisión del juez constitucional, al dejarse en últimas, la posibilidad de evaluar dentro de ellos *cualquier otro criterio razonable*. Y, esa posibilidad que se deja abierta para sustentar la protección del tratamiento integral de la patología que aqueja el usuario, tiene razón en el difícil estado del sistema de salud en el país.

En Colombia, la crisis de la salud es un problema real y que afecta diariamente a cientos de personas tanto del régimen contributivo de salud como del régimen subsidiado. Esta crisis estructural y funcional se ve arraigada a la inoperancia de los controles efectivos por parte de los entes competentes y de la maximización de beneficios consagrados tanto para los usuarios afiliados al sistema, como para las

Entidades Promotoras Servicio de Salud. Con la expedición de la ley 100 de 1993, se estableció el derecho a la salud como un derecho básico de todos los ciudadanos fundamentado en los principios de solidaridad, equidad, calidad y universalidad. No obstante, a partir de las buenas intenciones de la ley, se dejó de lado una de las características esenciales para la prestación de este servicio como lo es la calidad del mismo.

Así, a partir de la pretensión de universalidad traída por la ley 100, se creó el régimen contributivo (RC) y el régimen subsidiado (RS), caracterizados por la equidad en el servicio y solidaridad en el riesgo, buscando este último, darle la posibilidad a la población no afiliada a ninguno de los dos regímenes, de poder acceder a los beneficios de salud prestados a través de la red pública, sin ningún costo. También con la expedición de la ley estatutaria, se estableció la existencia del Plan Obligatorio de Salud (POS) y se crearon las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

Ahora, con relación a los regímenes establecidos en materia de salud, hoy en Colombia se cuenta, como ya se ha indicado, con el régimen contributivo, compuesto, de acuerdo con el deber ser, por los trabajadores del sector formal vinculados por medio de contrato laboral, trabajadores vinculados por prestación de servicios y pensionados; en este, sus afiliados efectúan pagos denominados cotizaciones en salud, que son recaudados por las EPS y a partir de esto se efectúa la autofinanciación del régimen, estableciéndose la UPC como fuente principal de ingreso.

El régimen subsidiado, por el contrario, y en virtud del principio de equidad y universalidad en la prestación de los servicios, acoge a toda la población que tiene restricciones para el pago dentro del régimen contributivo y al igual que este, las prestaciones brindadas quedan a cargos de las EPS-S o de las ARS, las cuales reciben una UPC estandarizada inferior a la fijada en el régimen contributivo, a cambio de la prestación de sus servicios. En este régimen, la administración está a cargo de los entes departamentales y municipales, quienes a través del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén),

deciden la inclusión de los beneficiarios. Actualmente pueden pertenecer a este régimen, las personas catalogadas en los niveles I y II del Sisbén.

De acuerdo con ello, la financiación del sistema de salud colombiano fundamentado en la equidad, desplaza - en gran parte- la carga económica al Estado y ello hace que se comiencen a presentar las fallas estructurales del sistema. De acuerdo con las proyecciones de la ley 100, consagradas en las primeras décadas del siglo XXI, el régimen contributivo estaría compuesto por el 70% de la población, y el régimen subsidiado, solo por el 30%. No obstante, el panorama actual, dista de dichas proyecciones, puesto que, en el año 2010, el régimen contributivo contaba solo con una participación del 43,13% de afiliados y el régimen subsidiado, con el 56,87%. (Melo y Ramos, 2010)

Pero, el principal problema y objeto del presente trabajo es, el incremento de los servicios no POS solicitados por los usuarios del sistema y concedidos por los jueces a partir de fallos de tutela, sin que se haya previsto en el sistema, previamente, la necesidad de recursos para financiar este tipo de recursos, y como consecuencia, el aumento de la necesidad de recurrir a recursos fiscales para la financiación del sistema de salud. De acuerdo con el estudio del Observatorio de la Seguridad Social en Salud, elaborado por el GES en el año 2007, se presenta un choque de intereses entre el Plan Obligatorio de Salud, las Entidades Promotoras de Salud y la Constitución colombiana, porque, aunque con el POS se busca suministrar los servicios de salud requeridos por los usuarios, su alcance aún es limitado y por ello, los usuarios al no sentir cubierta la totalidad del tratamiento para su patología, se ven en la necesidad de acudir a la acción de tutela, considerada como mecanismo idóneo para acudir a la jurisdicción y a través de esta, acceder al salvaguardo de sus derechos ante las EPS, EPS-S y el POS. En virtud de lo expuesto, se ha consagrado esta acción como el mecanismo más utilizado para demandar la atención de servicios no POS y el sistema, ante la ausencia de previsión de este suceso, ha visto claramente amenazado su financiamiento.

Sumado a ello, en jurisprudencia constitucional, hemos hallado que la Corte ha identificado una serie de casos en los que “se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, **independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren dentro de la cobertura del PBS-**, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas” (Corte Constitucional, T – 178, 2017). Así, podemos observar que, se ha adoptado una medida que si bien, es garantista con los usuarios del sistema, claramente desconoce y deja desvalido, en cierta forma, al sistema mismo, quien acorde a los planes establecidos por el Gobierno Nacional, han hecho unas precisiones y proyecciones de cobertura versus recursos y, estas se han visto deformadas por los pronunciamientos, con el agravante de que, se han consagrado grupos y patologías que requieren de especial protección y por ello, se les obliga a desplegar todas las prestaciones y pretensiones requeridas para el tratamiento o mejoría de estas independiente de que las mismas se encuentren o no dentro del Plan de Beneficios en Salud.

Finalmente, debe destacarse que la protección tratada en el presente trabajo, ha ampliado su cobertura, en tanto que “en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian”. En efecto, en el artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, se definen los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Específicamente, su literal q establece que las personas tienen el derecho a **“agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad”**. (Corte Constitucional, T – 178, 2017)

Al respecto, en el control previo de constitucionalidad al proyecto de ley la Corte reiteró que “la efectividad del servicio, tecnología, suministro etc., depende del

paciente y su entorno; encontrando exequible, la inclusión del principio de integralidad (artículo 8º) en la referida ley estatutaria, al resultar importante para la realización efectiva del derecho al servicio a la salud, consagrado en los artículos 2 y 49 de la Carta.” (Corte Constitucional, T – 178, 2017)

VI. CASO CONCRETO DE ABUSO DEL SISTEMA A RAÍZ DEL AMPARO DE TRATAMIENTO INTEGRAL.

La atención integral en materia de salud implica un enfoque en el que se satisfacen por completo las necesidades no solo médicas y físicas del paciente; involucrando con ello la participación de diversos profesionales. Así, la Corte ha reiterado que “ el derecho fundamental a la salud comprende no solo el bienestar físico, biológico y funcional de la persona, sino, también, los **aspectos psicológicos y emocionales** y que la atención integral debe aplicarse a todas estas facetas, se configura la obligación de las EPS de brindar un tratamiento completo para todas las enfermedades que afectan todos aquellos ámbitos que hacen parte del mencionado derecho, para, de esta manera, propiciar una adecuada calidad de vida y dignidad humana en todas las esferas de la salud de una persona.” (Corte Constitucional, T- 062, 2017)

Acorde con la posición adoptada por la Corte, en la sentencia de tutela T-062 del año 2017, el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expuso que “Una de las perspectivas a través de las cuales se ha abordado el tema, es aquella relativa a la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas. Es decir, es obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, propender hacia *“la autorización total de los*

tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su patología y que sean considerados como necesarios por el médico tratante". (Corte Constitucional, T- 062, 2017)

En virtud de ello, las EPS no podrán obstaculizar en ningún momento el acceso del paciente "a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para combatir sus afecciones, de manera oportuna y completa". (Corte Constitucional, T- 062, 2017) Por ello, todos los servicios que el profesional médico estime pertinentes, de acuerdo con este Tribunal, deben ser otorgados de manera integral en pro de atender el padecimiento que se presente. Al respecto, ha señalado que: *"(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.* (Corte Constitucional, T- 053, 2009)

Ahora bien, a partir de lo indicado es válido afirmar que la Corte Constitucional colombiana ha adoptado una posición bastante garantista de los usuarios afiliados a las EPS que demandan un servicio de salud, exigiéndose solo tres causales mencionadas anteriormente, que no delimitan de forma clara cuándo es procedente un fallo que ampare el tratamiento de una patología y cuándo no. Por ello, en muchos de los casos amparados por los jueces colombianos es posible ver un claro abuso del sistema por parte de los usuarios que cuentan con un fallo favorable y en consecuencia, la inevitable insostenibilidad del sistema.

Como forma de graficar la conclusión presentada, se traen a colación casos reales evidenciados a través del estudio de múltiples fallos de tutela en los que se

pretendió abusar del sistema de salud a través de la acción de tutela y los jueces al conceder el amparo solicitado, materializaron dicho abuso implicando esto graves afectaciones patrimoniales a la entidad; ello atendiendo a la publicidad característica de los mismos:

1. En el año 2015, en el proceso con radicado 2016- 0003, del Juzgado Único Promiscuo Municipal de San José de la Montaña, de Antioquia; se le ordenó a un menor de edad, el uso de patines en línea para mejorar su marcha, así, familiares del menor, interpusieron acción de tutela solicitando la entrega del insumo PATINES EN LINEA junto con el tratamiento integral de su patología y, en dicho año, fue concedida la entrega de los mismos por el juez constitucional.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS-S [REDACTED]

[REDACTED] por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha efectuado, autorice y entregue a [REDACTED] PATINES EN LÍNEA que ella requiere y que le fueron ordenados por especialista en ortopedia, con el fin de dar tratamiento a su padecimiento de salud, diagnosticado como Genus Valgus Torcial Tibial y deformidad de ambas rodillas

2. En fallo emitido en el proceso con radicado 2014 – 0795 del Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, Antioquia; un médico general transcribió la fórmula que ordenaba un “especialista” y entre lo requerido se sugería al usuaria la ingesta de LECHE DESCREMADA. Así, él mismo interpuso acción de tutela, solicitando entre otros insumos, la entrega de LECHE DESCREMADA mes a mes y esta fue concedida por el despacho.

ARTICULO SEGUNDO: Se ordena al Representante Legal de [REDACTED] EPS, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, autorice el suministro de los PAÑALES DESECHABLES, 5 por día, 150 para 1 mes, ENSURE x 900 gms, y LECHE DESCREMADA que requiere [REDACTED] y para que los continúe suministrando en la cantidad y la periodicidad que determine el médico tratante.

3. En el fallo de tutela emitido dentro del proceso con radicado 2016 - 0574, del Juzgado Laboral del Circuito del municipio de Envigado, Antioquia, una usuaria de una EPS de la ciudad, afiliada en el régimen subsidiado, interpuso acción de tutela solicitando:
 - a) COJIN ANTIESCARAS DE ALTO PERFIL CON CELUSAS Y CELDAS DE AIRE, CON CUBIERTA LAVABLE EN TELA RESPIRABLE, insumo que fue solicitado y concedido con base en una cotización particular realizada en una institución privada por un asesor comercial.
 - b) Adicionalmente, se solicitó, SILLA DE RUEDAS ALUMINIO ADULTO A MEDIDA, RESPALDO ABATIBLE, REPALDO DE TENSION REGULABLE, PROTECTORES LATERALES EN ALUMINIO, REPOSAPIES EN PLATAFORMA UNICA AJUSTABLE, CINTURON PELVICO, RUEDAS NEUMATICAS, CON PIE DE DESMONTE RAPIDO, **GARANTIA NO INFERIOR A TRES AÑOS.**

No obstante las exigencias particulares del caso, y el carácter de comercial de los soportes anexados con la tutela, el despacho concedió exactamente lo solicitado, como se evidencia a continuación:

SEGUNDO: Se ORDENA a [REDACTED] EPS- S, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, si aún no lo ha hecho, autorice y suministre de forma prioritaria: PAÑAL ADULTO TAMAÑO M TENA SLIP, COJIN ANTI ESCARA DE ALTO PERFIL CON CELULAS Y CELDAS DE AIRE CON CUBIERTA LAVABLE EN TELA RESPIRABLE, SILLA DE RUEDAS ALUMINIO ADULDO A MEDIDA RESPALDO ABATIBLE RESPALDO DE TENSION REGULABLE, PROTECTORES LATERALES EN ALUMINIO , REPOSAPIES EN PLATAFORMA UNICA AJUSTABLE, CINTURON PELVICO, RUEDAS NEUMATICAS, CON PIN DE DESMONTE RAPIDO, GARANTIA NO INFERIOR A 3 AÑOS, a la señora [REDACTED] [REDACTED] identificada con cedula de ciudadanía No [REDACTED] ordenado por el médico tratante.

VII. CONCLUSIONES.

- Para efectos de los ajustes que pueden hacerse para evitar que las personas acudan a la acción de tutela como mecanismo para solucionar sus conflictos en salud, es importante, indagar sobre la ruta que siguió el conflicto antes de llegar a instancias judiciales para así identificar si se requiere establecer medidas jurisprudenciales, administrativas o legislativas para fortalecer la calidad de los mecanismos previos a dicha acción. Asimismo, aunque es clara una falla en el sistema de salud y la oportunidad de este para brindar los tratamientos requeridos por los usuarios, también debe exigirse que sean los usuarios los primero llamados a observar y dar cumplimiento a los prerequisites y tramites pre establecidos para la obtención de determinado medicamento, servicio o procedimiento; toda vez que, nos encontramos en un sistema cuyos recursos son limitados y por tanto, la administración de los mismos debe ser cuidadosa y cumplir con los criterios de economía, eficiencia y pertinencia.
- Los jueces en Colombia, en el caso de la acción de tutela en salud, no deben ser, como es actualmente, cobradores o tramitadores de los servicios adeudados por las empresas facultadas para prestar servicios en salud, en tanto, estos son realmente ordenadores de gastos extraordinarios y protectores de derechos fundamentales que estén siendo efectivamente vulnerados por las entidades mencionadas.
- Se hace necesario que los jueces se concienticen de la necesidad de una análisis minucioso de cada caso en particular para no romper con la sostenibilidad del sistema sin fundamento mayor a la presentación de una tutela por parte de un usuario que siente vulnerado su derecho a la salud, ello es así porque, si bien hay patologías catastróficas que requieren una atención inmediata e integral en el presente y a la vez se hace necesario que se garantice su tratamiento en el futuro; hay otras que requieren un análisis más

complejo de cuál es el tratamiento a futuro pertinente y si la misma si amerita que se ampare su tratamiento integral, ello es así porque, con la protección de la integralidad se da el paso a que los usuarios lleguen a abusar del sistema y conduzcan necesariamente a una insostenibilidad del mismo a raíz del déficit de recursos, el aumento de los usuarios y de los tratamiento ordenados por fuera del plan obligatorio cuyo costo es muy elevado. Así, si los jueces continúan decidiendo caso por caso sin tener en cuenta los efectos globales de su jurisprudencia sobre la equidad y sostenibilidad del sistema, los efectos negativos de la judicialización de la salud pueden perpetuarse (César Rodríguez Garavito)

BIBLIOGRAFIA:

- Corte Constitucional (2017) Sentencia T- 062/ 2017. M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
- Corte Constitucional (2008) Sentencia T- 1040/ 2008. M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
- Corte Constitucional (2013) Sentencia T - 781/ 2013. M.P. NILSON PINILLA PINILLA.
- Corte Constitucional (2015) Sentencia T - 121/ 2015. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.
- Corte Constitucional (2006) Sentencia C - 502/ 2006. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
- Corte Constitucional (2011) Sentencia T - 424/2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.
- Corte Constitucional (2014) Sentencia T - 358/ 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
- Corte Constitucional (2017) Sentencia T – 178/ 2017. M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.
- Corte Constitucional (2009) Sentencia T- 053/2009. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

- Garavito, C. R. (2012). La judicialización de los derechos: el caso de la salud . En Varios, Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia . Colombia: Mauricio Garcia Villegas; María Adelaida Ceballos Bedoya .

- Villegas, M. G., & Yepes, R. U. (2006). Controversias en torno a la acción de tutela. En Varios, Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia. Colombia: Mauiricio García Villegas; María Adelaida Ceballos Bedoya (Editores) Colección Dejusticia .

