

**ANÁLISIS HERMENÉUTICO AL DERECHO A LA SALUD. ESTUDIO AL
CUMPLIMIENTO DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LOS JUZGADOS
CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA EN LOS AÑOS 2009 A 2011.**

PEDRO FERNANDO BALLESTEROS PEÑARANDA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2013**

**ANÁLISIS HERMENÉUTICO AL DERECHO A LA SALUD. ESTUDIO AL
CUMPLIMIENTO DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LOS JUZGADOS
CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA EN LOS AÑOS 2009 A 2011.**

PEDRO FERNANDO BALLESTEROS PEÑARANDA

**Trabajo de grado para optar el título de Magister en Hermenéutica Jurídica y
Derecho**

Director de Tesis

Dr. CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2013**

DEDICATORIA

A mi padre Pedro Elías, quien desde el cielo no deja de guiarme y aconsejarme.

A mi madre Maritza, y a mis hermanos Elías, Andrés y Adriana, y a Alba Janette, por brindarme todo su apoyo y paciencia durante la investigación.

Al Doctor Víctor Hugo Ballén Belén, por servirme de ejemplo e inspiración en la noble labor de administrar justicia.

Al Doctor Cesar Augusto Romero, quien desde su amplia trayectoria profesional y académica, me brindó invaluable consejos en la dirección del presente trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	17
1.1 DERECHO A LA VIDA COMO ORIGEN DEL DERECHO A LA SALUD	23
1.2 DERECHO A LA VIDA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	25
1.3 DERECHOS FUNDAMENTALES PRESTACIONALES	27
1.3.1 Teorías que sostienen que los Derechos Prestacionales no son Derechos Fundamentales	29
1.3.2 Teorías que sostienen que los Derechos Prestacionales son Derechos Fundamentales	32
2. LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL	37
2.1 FUENTE NORMATIVA DEL DERECHO A LA SALUD	40
2.2 EL CARÁCTER PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD	44
2.3. TRATAMIENTO EN COLOMBIA AL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN SALUD.	47
2.4 IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE SALUD	52
2.5. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD	56
3. HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO A LAS ACCIONES DE TUTELA EN SALUD. CUMPLIMIENTO DEL FALLO E INCIDENTE DE DESACATO.	60
3.1 ¿QUÉ ES EL INCIDENTE DE DESACATO?	62

3.2 ¿QUÉ ES EL CUMPLIMIENTO AL FALLO DE TUTELA?	65
3.3 ¿QUÉ DIFERENCIAS HAY ENTRE INCIDENTE DE DESACATO Y CUMPLIMIENTO AL FALLO?	67
3.4 EL JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER LAS HERRAMIENTAS PARA HACER EFECTIVOS LOS FALLOS DE TUTELA	69
3.5 MEDIOS DE CONTROL A LAS HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS DE TUTELA.	72
3.6 LEGITIMACIÓN POR ACTIVA Y POR PASIVA PARA INTERVENIR EN EL INCIDENTE DE DESACATO.	75
3.7 LA SENTENCIA DE TUTELA EN EL DERECHO A LA SALUD	77
3.8 ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN LOS INCIDENTES DE DESACATO EN SALUD.	78
3.9 ASPECTOS PROCESALES DEL INCIDENTE DE DESACATO.	83
3.9.1 Procedencia del pago de multa y arresto cuando se cumple el fallo después de la expedición del auto que impone sanción en el incidente de desacato pero antes hacer efectiva la sanción	84
3.9.2 Aplicación de las normas procesales civiles en los incidentes de desacato en tutela	86
4. ANÁLISIS A LAS HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN SALUD EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA DURANTE LOS AÑOS 2009 A 2011.	88
4.1 ANÁLISIS ESTADÍSTICO GENERAL DE LOS AÑOS 2009 A 2011. RELACIÓN ACCIONES DE TUTELA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.	88
4.2 RELACIÓN DE FALLOS DE TUTELAS CONCEDIENDO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y EL INCUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE TUTELA.	92

4.3. SANCIONES EN INCIDENTE DE DESACATO EMITIDAS DURANTE AÑOS 2009, 2010 Y 2011 EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA.	94
4.4 OBSERVACIONES GENERALES A LOS TRÁMITES DE LOS INCIDENTES DE DESACATO EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA.	95
4.5 EXPLORACIÓN DE CASOS.	99
4.5.1 Incidente De Desacato Radicado Número: 54001-40-03-008-2011-00470.	99
4.5.2 Incidente De Desacato Radicado Número: 54001-40-03-004-2011-00413	104
5. CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFÍA	113
ANEXOS	124

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1: Número de tutelas presentadas.	88
Figura 2: Tutelas por salud en relación con los demás derechos del año 2009.	89
Figura 3: Tutelas por salud en relación con los demás derechos del año 2010.	90
Figura 4: Tutelas por salud en relación con los demás derechos del año 2010.	90
Figura 5: Relación de fallos concediendo el Derecho a la Salud y el incumplimiento a la orden.	92
Figura 6: Número de Sanciones en los incidentes de desacato.	94
Figura 7: Decisiones de segunda instancia en tramite de consulta a las sanciones por desacato.	95

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A. Sentencia Corte Suprema de Justicia Proceso 54001-22-13-000-2012-00024-01	124
Anexo B. Primera Instancia Proceso 54001-4003-004-2011-00413-00	132
Anexo C. Segunda Instancia - Proceso 54001-4003-004-2011-00413-02	141

RESUMEN

TÍTULO: ANÁLISIS HERMENÉUTICO AL DERECHO A LA SALUD. ESTUDIO AL CUMPLIMIENTO DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA EN LOS AÑOS 2009 A 2011*

AUTOR: BALLESTEROS PEÑARANDA Pedro Fernando**

PALABRAS CLAVE: Derecho Fundamental a la vida, Derechos Prestacionales, Derecho a la Salud, Acción de Tutela en Salud, Incidente de Desacato en Salud.

DESCRIPCIÓN:

La principal pregunta que pretende responder este trabajo es: ¿son realmente eficaces las acciones de tutela en salud? En la búsqueda de la respuesta se partió desde el estudio del derecho fundamental a la vida, y siguió con el derecho a la salud como derecho fundamental prestacional, el cual en Colombia ha sido desarrollado por la Jurisdicción Constitucional en los trámites de la acción de tutela, usurpando competencias o funciones propias de la rama ejecutiva y legislativa. Seguidamente el trabajo explica el incidente de desacato como instrumento para hacer cumplir las sentencias de tutela en salud, estudiando los principales aspectos procesales regulados en la jurisprudencia constitucional, y por último se hace un análisis de campo realizado en los Juzgados Civiles Municipales de Cúcuta.

El trabajo muestra la importancia de la construcción de los derechos desde la participación de todos los actores políticos, pues en Colombia el derecho a la salud nace en los jueces y no desde los mecanismos políticos de participación ciudadana, como debería ser. Consecuencialmente, las normas sobre el incidente de desacato y el trámite de cumplimiento –Art. 29 y 62 Decreto 2991 de 1991- tienen grandes vacíos, solucionados de forma ambivalente por la Corte Constitucional, lo que se traduce en una dificultad judicial en el trámite y sanciones dentro del incidente de desacato.

El trabajo evidenció que los jueces confunden el trámite de cumplimiento con el incidente de desacato; además que aplican exageradamente rigorismos y formalismos procesales de las normas civiles en los trámites de los incidentes de desacato en salud, lo que derivó en una baja sancionabilidad a los prestadores del servicio de salud.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho Director: Doctor Cesar Augusto Romero Molina.

ABSTRACT

TITLE: HERMENEUTIC ANALYSIS OF THE RIGHT TO HEALTH. STUDY TO COMPLIANCE WITH ACTIONS OF PROTECTION IN CIVIL MUNICIPAL JUDGES CÚCUTA IN THE YEARS 2009 TO 2011*

AUTHOR: BALLESTEROS PEÑARANDA Pedro Fernando **

KEYWORDS: Fundamental right to life, prestacionales Rights, Right to Health, Health Protection Action, Health Contempt Incident.

DESCRIPCIÓN:

The main question that this research seeks to answer is: ¿Are they really effective actions to protect health? In search of the answer is started from the study of the fundamental right to life, and continued with the right to health as a fundamental right prestacional, this in Colombia has been developed by the Constitutional Court in the judgments of the tutela action health, usurping powers or functions of the executive and legislative branch. Then research explains the incident for contempt as an instrument to enforce the judgments of health protection, studying the main procedural aspects regulated in constitutional jurisprudence, and finally an analysis of field research conducted in Cucuta Municipal Civil Judges.

This research shows the importance of building rights from the participation of all political actors, because in Colombia the right to health is born in the judges and not from the political mechanisms of citizen participation, as it should be. Consequentially, the rules on the incident for contempt and enforcement process-Art. 29 and 62 of Decree 2991 of 1991 - have large gaps, so ambivalent resolved by the Constitutional Court, which translates into a legal difficulty in processing and sanctions in the incident for contempt.

Research also showed that judges confuse the process of compliance with the incident for contempt, in addition to over-strictness and formality apply procedural rules in civil proceedings for contempt proceedings in health, resulting in a low punishable offense to health service providers.

* Project of grade

** Faculty of human sciences, school of political science and law, master's degree in legal hermeneutics and Director right: Doctor Cesar Augusto Romero Molina.

INTRODUCCIÓN

La inicial motivación para desarrollar el presente trabajo consistió en buscar una respuesta al interrogante ¿son realmente eficaces las acciones de tutela en salud?; respuesta que no puede ser hallada sin pasar por el estudio de la dogmática de los derechos fundamentales, y desde allí pasar a estudiar el derecho a la salud, y su desarrollo en Colombia, para contrastarlo con su efectividad en las acciones de tutela.

El derecho como instrumento regulador de las relaciones humanas, mantiene siempre una constante lucha en contra lo que se considere adversidades que impidan el reconocimiento y goce de los derechos. Máxime en nuestra actual época donde la fuerza de los derechos fundamentales adquiere cada vez mayor relevancia en la forma como se construye e interpreta todo el ordenamiento jurídico. Actividad que sin lugar busca la realización de una mejor sociedad.

Partiendo de lo anterior, cabe mencionarse que la pertinencia y la actualidad del tema estudiado, ha sido igualmente fuente de motivación en el desarrollo del presente estudio, que con seguridad no se agotará acá, dada la extensión del tema de la salud.

La actividad académica aquí desarrollada, pretende brindar una exposición fácil y sencilla de las dificultades interpretativas en torno al derecho a la salud, desde su concepción teórica hasta sus inconvenientes prácticos que impiden su goce efectivo, referente a la acción de tutela.

La tarea se desarrolló plasmando un hilo conductor entre los capítulos que bien podrían ser estudiados de forma independiente y autónoma, pero aquí se trató de

hilarlos con el derecho a la salud, como el eje principal en el cual se puedan estudiar tanto los derechos fundamentales como las herramientas para hacer efectivas las acciones de tutela.

En el primer componente del trabajo es el estudio de los derechos fundamentales y como ellos marcaron un nuevo mundo, el cual aún está en proceso de construcción, donde cada derecho es un espacio de batalla académica, con un mundo por descubrir por delante; como lo es sin lugar a dudas el derecho a la vida y a la salud. En este primer capítulo ofrece la posibilidad de comprender como pueden definirse y construirse los derechos fundamentales, principalmente desde la actividad interpretativa.

Como inicio del estudio al derecho a la salud, se parte del análisis del derecho a la vida, y como este derecho ha sido desarrollado en el mundo occidental y en el marco normativo colombiano, antes y después de la expedición de la Constitución Política de 1991; constituyéndose en referencia obligada en la interpretación del derecho a la salud, pretendida en este trabajo.

Partiendo de lo anterior, se marca el inicio del derecho a la salud, gracias a la tesis de la inclusión de los derechos prestacionales, como derechos que pueden tener el estatus de fundamentales; respecto de los cuales se encuentra abierta la discusión, y que sucintamente se expone dicho debate con la finalidad de dar el primer sustento dogmático al derecho a la salud.

El segundo capítulo abarca el estudio del derecho a la salud, el cual, como todo derecho prestacional, se discute su carácter de derecho fundamental. Al respecto se ofrece un análisis desde el derecho colombiano, acudiendo a las fuentes normativas nacionales e internacionales, especialmente su desarrollo en la jurisprudencia constitucional.

De tal forma que esta parte del trabajo expone las interpretaciones variadas del derecho a la salud, y como ellas han impactado en el sistema general de salud, evidenciando la trascendental e influyente tarea de los jueces constitucionales, a quienes en materia de salud, se les endilga y alaba al mismo tiempo la extralimitación en sus funciones por el abarcamiento de tareas propias de la rama ejecutiva y legislativa, en el diseño de políticas públicas en el sistema general de salud.

Por último, el análisis realizado al derecho a la salud se refiere a una pequeña mirada en su relación con la acción de tutela, y como ella ha sido primordialmente el medio idóneo y más utilizado en Colombia por las personas, en busca del goce y satisfacción de este derecho.

El tercer capítulo abarca el estudio de la acción de tutela, mirada desde su cumplimiento, es decir, después de emitido el fallo. Por esta razón se analizan las herramientas con las que dispone el Juez y quien sufre la afectación del derecho fundamental, para obtener el cumplimiento a los fallos de tutela, en caso de renuencia o rebeldía del obligado en acatar la orden.

Utilizando como principal fuente de análisis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se pretendió plasmar una explicación clara y concisa del incidente de desacato y el trámite al cumplimiento de tutela, al ser las dos herramientas previstas por el legislador para hacer efectivo un fallo de tutela. De tal suerte que se definen estas dos herramientas, y se exponen sus principales diferencias.

Este capítulo ofrece una mirada fácil de comprender de los principales aspectos procesales que han sido debatidos a lo largo de la jurisprudencia constitucional y que han merecido diversas interpretaciones, algunas de ellas contradictorias, como la definición de competencia para su trámite, los medios de controlar a los jueces en el ejercicio de esta función, la legitimación por activa y pasiva, el análisis

de la responsabilidad subjetiva en tutelas por salud, y la remisión a las normas procesales civiles en el trámite de los incidentes de desacato.

El cuarto y último capítulo corresponde al análisis de campo realizado a los diez Juzgados Civiles Municipales de Cúcuta, explorando la situación de las acciones de tutela en salud en relación con el resto de derechos fundamentales, para dar paso a los incumplimientos a los fallos de tutela, y la forma como se ha desarrollado el incidente de desacato, determinado la cantidad de sanciones impuestas, que sirven para plasmar algunas observaciones en la actividad de los jueces en la aplicación de estas herramientas.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Se puede enmarcar como el origen de los Derechos Fundamentales en nuestra sociedad, la expedición de los derechos del hombre plasmados en la Revolución Francesa en el año 1789; dando así la bienvenida a un nuevo mundo donde el hombre adquirió preponderancia y redefiniendo las relaciones entre el poder con los ciudadanos¹.

El Profesor Chinchilla, ha definido los Derechos Fundamentales como aquellos derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria, preferentemente en el orden constitucional, y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión derecho subjetivo². Es válida esta definición teniendo en cuenta que no solo la declaratoria de los derechos fundamentales es suficiente, sino que lo que realmente importante es que se materialicen y sean efectivos, logrando con ello que puedan ser reclamados por cualquier persona que lo necesite.

Los derechos humanos se caracterizan porque son universales; absolutos respecto de otros derechos, es decir prevalentes; e inalienables, y con su constitucionalización dichos derechos obtienen una garantía reforzada, y esto es lo que se puede considerar como el mayor avance en la larga lucha por la efectividad de los derechos. No obstante, como bien lo considera el Profesor

¹ Existió con anterioridad la carta orgánica de derechos Bill of Rights adoptado por el parlamento británico el 13 de febrero de 1689, y después la codificación de Derechos en la Declaración de Derechos de Virginia el 12 de junio de 1776, pero tomamos el referente francés, dado este ha servido como modelo en el ordenamiento jurídico colombiano. Véase, BREWER, Alan. Reflexiones sobre la revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, Pág. 27.

² CHINCHILLA, Tulio Elí. ¿qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Temis. Bogotá. 1999. p. 58

Quinche Ramírez, es paradójico que a pesar que en los países latinoamericanos siempre han estado declarados y reconocidos, aún continúan en un estado de violación continuo; este tratadista considera que ello responde a que la efectividad de estos derechos depende (i) de un desarrollo legal y no aplicación directa de la constitución; (ii) que los políticos de la región han mantenido la postura que los derechos fundamentales son una aspiración; y por último, (iii) que se ha sostenido equivocadamente, que nuestros pueblos no están preparados para tantos derechos³.

Resolviendo el interrogante, ¿qué son los derechos fundamentales? y orden a encontrar una correcta definición sin caer en la ilusión iusnaturalista, como naturaleza humana, persona moral, o ley natural, como lo advierte Bobbio⁴; se puede decir que ellos pueden ser definidos como *posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de una mayoría parlamentaria*,⁵ así, con esta definición se ancla la teoría política de tal manera que queda contenida en el concepto de democracia⁶. Lo importante de esta definición es negar que los derechos fundamentales dependan de decisiones parlamentarias, sin embargo, y para establecer su determinación y desarrollo, Alexy, quien es quizás, el pensador más influyente en la estructura y desarrollo de los derechos fundamentales, propone los postulados de la ponderación, como se explicará más adelante.

Siguiendo con la pregunta, para identificar los derechos fundamentales, la propia Constitución Política de Colombia, no establece una lista taxativa de derechos,

³ QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. Cuarta Edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2010. p. 94.

⁴ BOBBIO, Norberto, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en Ídem., *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982. Citado por UPRIMNY YEPES, Rodrigo; UPRIMNY YEPES, Inés Margarita y PARRA VERA, Oscar. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006. p. 14

⁵ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducido por Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1997. p. 406.

⁶ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El Concepto de los derechos sociales fundamentales. Colombia. Legis Editores, 2005. p. 31.

sino que por el contrario, los derechos fundamentales en Colombia se encuentran en un catálogo abierto de derechos fundamentales⁷, es decir los derechos fundamentales no se limitan a los nombrados en el Capítulo I Título II de la Carta denominado *Derechos Fundamentales*, y la misma Corte Constitucional, en orden de brindar seguridad jurídica, para saber cuándo un derecho es fundamental y cuando no, estableció seis tipos de derechos fundamentales, o seis formas de catalogarlos;

(1) *derechos de aplicación inmediata enunciados en el artículo 85 de la Constitución*; que se enlistan a continuación: los derechos a la vida (Art. 11 C.P.); a la integridad personal (Art. 12 C.P.); a la igualdad (Art. 13 C.P.); al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14 C.P.); a la intimidad y al *habeas data* (Art. 15); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.); a la libertad personal en todas sus formas (Art. 17 C.P.); a la libertad de conciencia (Art. 18 C.P.), a la libertad de cultos (Art. 19 C.P.), de expresión y de información (Art. 20 C.P.); a la honra y al buen nombre (Art. 21 C.P.); al derecho de petición (Art. 23 C.P.), de libre circulación (Art. 24 C.P.); a la libertad de escoger profesión y oficio y de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra (Art. 26 C.P.); al *habeas corpus* (Art. 30 C.P.); al debido proceso (Art. 29 C.P.); a no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación (Art. 34); a las libertades de reunión y manifestación (Art. 37 C.P.); y a los derechos políticos (Art. 40 C.P.).

(2) *Los contenidos en el Capítulo I del Título II de la Carta*;

(3) *derechos fundamentales por expreso mandato constitucional*; correspondiente a los derechos de los niños y todos los que de ellos se derivan, incluso tratándose de derechos prestacionales⁸.

⁷ Corte Constitucional Sentencias T-002/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-406/92 M.P. Ciro Angarita Barón.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-225/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(4) *derechos que integran el bloque de constitucionalidad*; término utilizado por la Corte Constitucional para interpretar e implementar las disposiciones constitucionales referidas a la aplicación del derecho internacional, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y otros tratados internacionales en el derecho interno. Cuando se trata de instrumentos con fuerza vinculante, se denomina bloque en stricto sensu, y cuando constituyen parámetros de control y de medios de interpretación se denomina bloque en sentido lato⁹.

(5) *derechos innominados*; son aquellos derechos fundamentales desarrollados en virtud del artículo 94 de la Constitución Política y artículo 2º del Decreto 2591 de 1991, que pese a que no se encuentran enunciados en la Constitución, son considerados inherentes a la persona humana, y se encuentran en el ámbito de protección de las disposiciones iusfundamentales. Tales derechos han sido definidos por la Corte Constitucional, y son la dignidad humana¹⁰, el mínimo vital¹¹, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios¹² y la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional¹³.

(6) *derechos fundamentales por conexidad*. Estos tipos de derechos corresponden a derechos que no corresponden a derechos fundamentales pero que cuando su vulneración comprometa y amenace un verdadero derecho fundamental, adquieren el carácter de derecho fundamental para ser exigido y reclamado ante los jueces, como por ejemplo, los casos del derecho a la seguridad social en salud, *-hasta la expedición de la sentencia de la Corte*

⁹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal.. Bogotá. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2 ed. 2008. p. 52

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencias: T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-500 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-111 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-289 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-719/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Corte Constitucional, Sentencias C-470/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1328 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-519 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-203 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández ; T-689 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-792 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-925 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-530 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ; T-934 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra .

Constitucional T-760 de 2008, no era considerado como derecho fundamental independiente y autónomo- conexo al derecho a la vida; derecho a la seguridad social en pensiones, derecho al medio ambiente, y en general los derechos que tratan el Capítulo II del Título II de la Constitución Política, denominados derechos económicos, sociales y culturales¹⁴.

Volviendo a Alexy, y teniendo un concepto claro del significado de los derechos fundamentales, e identificándolos como se hizo anteriormente, su desarrollo depende de su aplicación, para ello existen respuestas como la planteada en la teoría de la ponderación expuesta por este autor.

La Teoría de la Ponderación, en contraposición de la teoría de la subsunción, es un método para solucionar choques entre principios jurídicos, es decir, derechos fundamentales, que constituyen normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, y no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan *que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes¹⁵*, sin embargo y como lo sustenta Bernal Pulido¹⁶, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre principios.

La Corte Constitucional, acude constantemente a este método interpretativo de derechos fundamentales, y la describe así:

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-571/92 M.P. Jaime Sanín Jrereiffenstein.

¹⁵ ALEXY. Op.Cit., p. 486.

¹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. En Doxa 26, 2003, p. 226-227.

adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro.¹⁷

Al llevar la anterior definición a la Teoría de la Ponderación, promovida por Alexy, y sobre la cual ha recaído duras críticas como las plasmadas por Habermas, quien resuelve el problema de la definición y desarrollo de los derechos fundamentales, desde un punto de vista discursivo en la conformación de la sociedad. En el plano político, encuentra objeciones a la ponderación porque considera que le quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, al tener que subordinarlos a objetivos, programas, valores, y teniendo que decidir entre ellos, el juez caería en la arbitrariedad, y necesariamente recurriría a juicios irracionales, lo que conlleva a que disminuya la efectividad los derechos fundamentales, restándoles su importancia¹⁸. La segunda crítica sostiene que el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales, como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad.

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C-475 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen, Faktizität und Geltung, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 314, 315 y 316. Citado por ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. Traducido por Rubén Sánchez Gil En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Enero-Junio, 2009. no. 11 p. 3-14.

No obstante y al margen de las críticas recibidas a este método interpretativo, se encuentra que se rige por las reglas de la razón, que de todas formas no reducen la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación, y en la graduación y asignación de peso abstracto a principios constitucionales, de la certeza de las premisas empíricas, y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, es el campo donde se mueve la subjetividad del fallador¹⁹; no obstante, no cabe la menor duda, que este ha sido el método utilizado por el juez constitucional colombiano, en la interpretación del derecho a la vida, y a la salud aquí estudiados.

1.1 DERECHO A LA VIDA COMO ORIGEN DEL DERECHO A LA SALUD

Hoy puede advertirse que en la expedición de los derechos del Hombre en la Revolución Francesa, tuvo muy poca importancia el Derecho a la Vida; pues en aquella época acapararon la atención derechos como la propiedad, la libertad, el habeas corpus, principios del derecho procesal, aplicación de la pena de muerte, y mutilación, mientras el derecho a la vida no era estudiado como derecho autónomo, independiente y realmente importante, situación que debió haber sido porque dadas las coyunturas políticas, era necesario atentar contra la vida ajena, a través de castigos a los enemigos políticos, siendo legítimos en aras de buscar la imposición de un determinado régimen político, en contraste con nuestra época, donde el derecho a la vida, se considera como el principal de todos los derechos, y del cual se han desarrollado y derivado nuevos derechos fundamentales, y considerado como el primer derecho fundamental.

En Colombia el derecho a la vida fue reconocido mucho tiempo después, ya que antes de la expedición de la Carta Constitucional de 1991, solo existía constitucionalmente la prohibición al legislador de imponer la pena de muerte, con

¹⁹ BERNAL. Op. Cit. p. 225-238.

lo que se infiere que no se estableció algún tipo de relación del derecho a la vida con el de la salud; y esta puede ser una razón importante del porque no se concibió jurisprudencia que desarrollara el derecho a la salud; y solo se puede analizar su postura en las sentencias de constitucionalidad en las que se debatiera el derecho a la vida, que a pesar de todo fue concebido como el primero de todos los derechos²⁰.

No pasó lo mismo con el deber del Estado de proteger derecho que se encuentran relacionados con el medio ambiente, pues en estudios de constitucionalidad a tipos penales establecidos para su protección, la Corte Suprema de Justicia dijo que *El Estado tiene indudablemente el deber de incorporar a su acción efectiva la defensa del medio ambiente, deber que puede incluirse aun en su clásica función de protección de la vida de los residentes en Colombia que consagra el artículo 16*²¹, y quizás el caso que más puede acercarse a un estudio del derecho a la salud, consiste en la inconstitucionalidad de una norma que prohibía a los médicos desaprobando los procedimientos de otros colegas, a lo cual la Corte Suprema consideró que mantener una norma así, ponía en peligro la salud y la vida misma del paciente²².

El Consejo de Estado por su parte, en ejercicio de las facultades otorgadas a su jurisdicción, cultivó un mejor desarrollo jurisprudencial del derecho a la vida, pero centrándose en el deber que tienen las autoridades de proteger la vida de los ciudadanos, en relación con la seguridad pública, y específicamente dentro del manejo de la fuerza en situaciones especiales, así como el deber de proteger a las personas en grave riesgo de sufrir un atentado²³.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena 30 de octubre de 1978. M.P. Luis Carlos Sáchica.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena 12 de marzo de 1987. M.P. Fabio Morón Díaz.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena 19 de octubre de 1989. M.P. Jaime Saín Grefftein y Jairo E. Duque Pérez.

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 11 de julio de 1969. M.P. Carlos Portocarrero Mutis.

Podemos concluir que en ambas altas Cortes, el derecho a la vida estaba limitado al hecho de estar vivo²⁴, y no se consideraba que también consistía en un derecho que tienen las personas en gozar de una buena calidad de vida, una vida digna, y por esta razón, este derecho no fue desarrollado suficientemente, a excepción del debate en torno al aborto y al derecho de morir dignamente, que aunque se relacionan con el derecho a la vida, se sale del análisis del presente estudio.

1.2 DERECHO A LA VIDA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Con la nueva Carta Constitucional Colombiana, indudablemente se amplió el ámbito de aplicación y garantía del derecho a la vida, en contraposición con la Constitución de 1886, que no lo contemplaba como un derecho directo, sino como un deber de las autoridades de proteger la vida de las personas consagrado en el artículo 16, y como se vio anteriormente, tampoco existió su reconocimiento expreso por vía jurisprudencial.

El derecho a la vida, reconocido como un derecho inviolable, ha adquirido un carácter de garantía absoluta, el cual debe ser aplicado por todos los estamentos sociales, no solo por las autoridades, sino también por los ciudadanos en aplicación al principio de solidaridad contenido en el artículo 95 numeral segundo de la Constitución Política.

Como primer derecho fundamental consagrado en la Constitución, su carácter absoluto, ha sido abundantemente estudiado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁵, desde distintas ópticas y particularmente al que ocupa este

²⁴ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1992. 28 p.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-475 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-729 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-1020 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, T-1083 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y C-355 de 2006 varios ponentes en el tema de despenalización del aborto.

estudio, dado el sistemático uso del método de la ponderación en los casos donde es debatido el derecho a la vida en conflictos con otros derechos, se ha considerado que el derecho a la vida no es absoluto, diferente al derecho a la dignidad humana, que sí tiene este carácter, por cuanto es considerado como el derecho base de todos los demás, y considerado como un valor supremo del Estado Social de Derecho²⁶.

Ante el innegable avance jurisprudencial respecto del derecho a la vida, el Profesor Quinche Ramírez, formula la siguiente pregunta ¿cuál es el alcance constitucional de la potestad regulatoria del legislador, en la protección del derecho fundamental a la vida?, a lo cual concluye que la línea jurisprudencial, ha hecho que se desplace el debate desde una lectura religiosa, hacia una comprensión ciudadana de dicho bien, ligado al concepto de *vida digna*, privilegiando el principio de autonomía²⁷.

De esta manera, la Corte Constitucional como interprete autorizado de la Constitución Política, ha establecido categóricamente que la vida es el primero de los derechos fundamentales, el cual es inherente a todo individuo por el simple hecho de existir, y presupuesto para ejercer otros derechos, e incluyó su carácter asistencial, teniendo en cuenta los modos de vida de la civilización de occidente e involucra nociones sociológicas como el *confort* y *modo de vida*, que deben ser protegidos mediante acción de tutela²⁸.

El anterior planteamiento fue el cambio más drástico asumido en la normativa Colombiana respecto del derecho a la vida, al considerar que él se deriva un derecho asistencial, incluyó la obligación de ser suministrado por el Estado, y con

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-414 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, y C-811 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁷ QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. 4 Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. p. 218 y 219.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-452-1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

la garantía de su efectividad que ofrece la acción de tutela, se convirtió en un verdadero instrumento para la efectividad de los derechos fundamentales.

1.3 DERECHOS FUNDAMENTALES PRESTACIONALES

La inclusión en el debate jurídico respecto de la relación entre el derecho a la vida y a la salud, ha surgido con ocasión de la llegada de los derechos fundamentales prestacionales, que además de la salud, se incluyen el derecho al trabajo en condiciones dignas, derecho a la seguridad social, derecho a la vivienda, derecho a la protección de la salud, derecho a la educación, y derecho a la cultura²⁹.

Su origen puede explicarse, gracias al arribo y la llegada de nuevas situaciones en la vida de las personas en la sociedad *post-moderna*, derivadas del nuevo rol del trabajo en la sociedad y en desarrollo de las personas, de la actividad económica en los mercados, y del avance de la ciencia y la tecnología, creando nuevos tipos de derechos fundamentales, denominados Derechos Fundamentales Prestacionales, que a diferencia de los promulgados en la Revolución Francesa, ya no contienen obligaciones negativas, es decir no demandan del Estado una obligación de abstención, sino de suministro a los ciudadanos³⁰.

Una de las principales características de los derechos sociales, es que pueden ser cuantificables, al establecerse su costo, producto de los factores determinantes del mercado, y en caso que el Estado no los pueda sufragar, los ciudadanos pueden obtenerlos a cambio de un precio, que varía según las condiciones del mismo mercado.

²⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁰ Tesis sostenida por VON Hayek, Federich. El Espejismo de la Justicia Social. En: Derecho, Legislación y Libertad, Madrid, 1979, Vol. 2, cap, 9.

Estos Derechos Fundamentales en su avance por conformar una mejor sociedad, conllevan a buscar la satisfacción de estos derechos por parte del Estado a favor de sus asociados, como el derecho a la salud, objeto de nuestro estudio y por ello, estudiaremos la naturaleza de este nuevo tipo de Derechos Fundamentales.

Esta nueva categoría de derechos fundamentales, obliga que se preocupe por la realización efectiva y goce real de las personas, y establecer posibles obstáculos que impidan su efectividad.

En el presente estudio se clasificaran los Derechos Fundamentales en derechos de defensa y los derechos de prestación³¹, donde para los primeros, no existen tantas discrepancias y debates doctrinarios como respecto de los segundos, sobre los cuales se discute el carácter de su fundamentalidad, su exigibilidad, la obligación estatal de sufragarlos, entre otros aspectos.

En un principio los derechos de defensa son derechos de obligaciones negativas, con ellos se buscó controlar el poder Estatal, en aras de garantizarle a todas las personas que la suprema autoridad, de quien detente el poder, nunca atentaría contra los ciudadanos, obligándose de abstenerse de ejecutar actos principalmente contra su libertad, igualdad, legalidad, presunción de inocencia, propiedad, entre otros derechos.

Sin embargo, no es preciso diferenciarlos tajantemente, en derechos de obligaciones negativas y obligaciones positivas, pues como lo exponen Victor Abramovich y Christian Courtis, es complejo diferenciar los derechos sociales consistentes en obligaciones negativas y positivas, dado que entre unas y otras es

³¹ Existen diferentes clasificaciones, como la consistente en otorgarles categorías de primera, segunda, y tercera generación, donde la primera se refiere a los primeros ordenamientos jurídicos internos o internacionales, los segundos tienen como objetivo garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y la cultura, de tal forma que aseguren el desarrollo de los seres humanos y los pueblos, y los terceros conocidos como Derechos de Solidaridad de los pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un ambiente sano.

posible su confusión, por ejemplo el derecho al voto no es solo de obligación de abstención sino de la obligación de proveer las condiciones para su ejercicio, desboronando el principal fundamento teórico³².

Siguiendo con el estudio, se observa como actualmente las sociedades modernas y especialmente las que se encuentran en desarrollo, han arribado a una situación especial, donde no ofrece mayor discusión el alcance de los derechos de defensa, sin embargo, no es igual de fácil el análisis de los derechos prestacionales, los que adscribiremos como derechos sociales.

La sociedad actual se cuestiona, ¿podemos catalogar estos Derechos Sociales, como fundamentales o por el contrario se le debe negar el carácter de fundamentales? Para una respuesta a este planteamiento, en la doctrina se pueden encontrar ambas posturas.

En efecto, en Colombia no es ajeno este debate, el cual ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estamento que no solo los ha reconocido con el carácter de fundamentales, sino que los ha modulado y regulado, en ejercicio de su oficio de interprete autorizado de la Constitución Política, se comenzará retomando el debate desde la doctrina, y posteriormente, se analizará el estado actual en Colombia.

1.3.1 Teorías que sostienen que los Derechos Prestacionales no son Derechos Fundamentales. El autor Jhon Rawls, en su obra Theory of justice, niega el carácter fundamental de los derechos prestacionales, y por su parte, creó dos principios de justicia y dos reglas de prioridad, los cuales son determinantes para derivar el carácter de fundamentalidad de los derechos.

³² ABRAMOVICH, Victor y COURTIS Christian. Los derechos Sociales como derechos exigibles. 2 Ed. Madrid: Trotta. 2002. p. 24.

El primer principio de justicia, corresponde a un derecho moral básico, y corresponde que *cada persona ha de tener un derecho igual un sistema completamente adecuado de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos*, y el segundo principio, consiste en que las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidas a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades³³.

La primera regla de prioridad consiste en que las libertades básicas sólo pueden ser restringidas a favor de la libertad, y la segunda que tiene prioridad la justicia sobre la eficiencia y el bienestar.

Para Rawls, solo pueden ser Derechos Fundamentales aquellos que se puedan garantizar para todos por igual. Con ello, justificó que solo los derechos que se deriven del primer principio, serán derechos fundamentales, mientras que los derechos que tengan que ver en desigualdades económicas, no pueden ser garantizados a todos por igual, es decir, que los derechos que se deriven del segundo principio, no serían derechos fundamentales³⁴.

Sin embargo, y por cuenta de los constantes debates que ofrecía su teoría, el mismo Rawls, trató de acomodar su postulado a la actualidad constitucional, de esta manera fundamentar su teoría política de justicia, en un orden constitucional democrático estable³⁵, y respecto a un mínimo social que garantice el goce de los derechos de los menos favorecidos, así, Rawls diferenció ese mínimo social con el segundo principio de justicia, incluyendo unas necesidades básicas en los

³³ RAWLS, Jhon. Liberalismo Político. Traducido por Antonio Doménech. Critica, Barcelona 1996, p.165. Citado por Rodolfo Arango R. El concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá: Temis. 2005. p. 241.

³⁴ Ibid., p. 242.

³⁵ Ibid., p. 243.

individuos que deben estar contenidas en las normas, y deben corresponder a bienes primarios, en contraposición a las necesidades de las personas que correspondan a sus deseos o preferencias³⁶, y con todo esto se puede decir que nunca confiere la categoría de derecho fundamental aun a estos derechos prestacionales.

Otro autor que critica el carácter fundamental de los derechos sociales es Jurgüen Habermas, quien presenta estos derechos prestacionales con el carácter de fundamentales de una forma ambivalente, pues por una parte defiende la idea que en una sociedad capitalista donde existen marcadas diferencias entre las riquezas de las personas, se hace necesario garantizar estos derechos³⁷, pero al mismo tiempo, subordina estos derechos a que sean reconocidos políticamente mediante un proceso democrático, y termina por reconocerlos como derechos sociales legales.³⁸

Así, Habermas se abstiene de catalogar los derechos prestacionales con el carácter de fundamentales, y advierte, que ello puede derivar en afectar la autonomía del individuo, pues se vuelve dependiente del paternalismo y la burocracia Estatal, como garante de la prestación de tales derechos³⁹.

Habermas concibe un sistema de derechos en el siguiente orden de categorías:

1. Derechos fundamentales correspondientes en el mayor grado posible a iguales libertades subjetivas de acción.

³⁶ Ibid., p. 223.

³⁷ ARANGO, Op. Cit. p. 261.

³⁸ HABERMAS Jürgen. La inclusión del otro. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerad Vilar Roca, Ed. Paidós, Barcelona et al 1999. p. 197. Citado por Rodolfo Arango R. El concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá: Temis. 2005. p. 261.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trad. por Manuel Jiménez redondo. Ed. Trotta, Madrid 1998. Pág. 489.

2. Derechos fundamentales de los individuos en tanto miembros de la comunidad jurídica.
3. Derechos fundamentales a la protección jurídica.
4. Derechos fundamentales a la participación política.
5. Derechos fundamentales a las condiciones de vida necesarias para el disfrute, en igualdad de oportunidades, de los derechos mencionados en los numerales 1 a 4.

En consonancia con lo dicho anteriormente, para Habermas, los derechos de las cuatro primeras categorías están absolutamente fundados, mientras que la quinta categoría está relativamente fundada, entonces, los derechos sociales fundamentales son medios para la realización de los derechos civiles y políticos, están relativamente fundados y no deben ser ganados por la sociedad en los espacios del derecho constitucional, sino en los espacios políticos⁴⁰.

1.3.2 Teorías que sostienen que los Derechos Prestacionales son Derechos Fundamentales. Esta concepción es la más acogida por estos días, y el autor que dogmáticamente ha logrado una fundamentación aceptada es Robert Alexy, quien basa su postura desde el concepto de libertad jurídica y libertad fáctica⁴¹, así, justifica los derechos sociales fundamentales con la tesis que *bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su substrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales*⁴². Con ello, da la entrada a una postura moderna del derecho para servir a solucionar problemas de los ciudadanos sin recurrir a acciones políticas. De esta forma, Alexy soluciona el problema de la fundamentación de los derechos sociales, desde la misma fuente normativa actual, por medio de la interpretación, sin recurrir a la política.

⁴⁰ HABERMAS Jürgen. La inclusión del otro. Op. Cit., p. 223.

⁴¹ ALEXY. Op. Cit., p. 486.

⁴² Ibid., p. 486.

Este autor, cuestiona el razonamiento basado en que los derechos fundamentales sirven para garantizar la libertad jurídica, mientras que la libertad fáctica se gana mediante la lucha política, pues para él la libertad fáctica se puede garantizar por medio de los derechos fundamentales⁴³. Sin embargo, con ello advierte la posibilidad de encontrar conflictos entre principios constitucionales, y propone así la creación de un modelo de derechos sociales fundamentales fundados en un proceso de ponderación.

La anterior postura es quizás la más refutada a Robert Alexy, pues ella evidencia la posibilidad que por vía de la ponderación se sustituya al legislador, y el orden de los principios en los que políticamente se funda el Estado, en donde existe una malsana intervención del juez en asuntos netamente políticos, agregando además la creación de varias ponderaciones de derechos en diferentes choques, que al final no existiría entre diversas ponderaciones una jerarquía entre ellas.

En desarrollo de las posturas de Robert Alexy, aparece el autor Rodolfo Arango, quien desde el concepto de derecho subjetivo de su maestro, postula el concepto de derecho social fundamental así: *una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona*⁴⁴.

Con este concepto Arango, logra reflejar la estructura de todos los derechos sociales fundamentales, como a la alimentación, la educación, la atención médica, la vivienda, la seguridad social y el trabajo, y así prevenir una concepción indeterminada de los derechos sociales fundamentales, como también la de

⁴³ Ibid., p. 487.

⁴⁴ ARANGO. Op. Cit. 346.

facilitar el reconocimiento objetivo de su vulneración, no desde una lista acabada de derechos y libertades, sino desde una posición de consensualismo débil⁴⁵.

El autor italiano Luigi Ferrajoli, alejado de las posturas expuestas a favor de la fundamentalidad de los derechos sociales, igualmente les reconoce su carácter de fundamentales, pero cuestiona su limitada eficacia, pues los reconoce como un programa normativo para el futuro, y lo atribuye como un paradigma embrionario, que propugna por la realización de un constitucionalismo que supere las razones por las que fue creado, como la protección de los derechos a la libertad, y su función delimitadora frente a los poderes públicos, lo que lo ha mantenido anclado a los confines de un Estado-nación, y que se enfrente a los nuevos retos que trae la globalización.

De esta forma y conforme a los nuevos retos del constitucionalismo, Ferrajoli mantiene una postura crítica a la realidad constitucional actual, y centra su atención a la falta de efectividad de las constituciones, diciendo: *estamos bien lejos de haber asegurado sus técnicas de garantía*⁴⁶.

Los derechos sociales fundamentales juegan un papel importante en la teoría jurídica planteada por Ferrajoli, pues como el mismo lo dice, la historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que

⁴⁵ Todo este análisis fue al que arribó Arango después de un largo estudio conceptual en las teorías de Rawls, Michelman, Habbermas, Alexy, Tugendhat, y Wiggins, y basado en ellos elaboró el concepto de derecho social fundamental aquí expuesto.

⁴⁶ FERRAJOLI Luigi, Sobre los derechos Fundamentales. Traducción de Miguel Carbonell. Revista Cuestiones Constitucionales Num. 15 julio-diciembre 2006. Universidad Autónoma de México. Pág.114.

ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas⁴⁷.

De lo anterior, se puede concluir, que Ferrajoli llega a concebir los derechos sociales como un desarrollo del constitucionalismo, los cuales constituyen en nuevas exigencias a cargo los Estados modernos, es decir, para este autor son una expectativa, que más allá de darles el carácter de fundamentales, reconoce que actualmente son inexistentes.

También los influyentes estudiosos de los derechos sociales, y defensores no solo de su carácter fundamental, sino de su plena efectividad, Víctor Abramovich y Christian Courtis, ocupan su atención a la constitucionalización de los derechos sociales, los que catalogan como la conquista más importante de la civilización jurídica del siglo pasado, y que aun corren el riesgo de perderse estas conquistas, y someten al análisis crítico las posturas teóricas que niegan la exigibilidad de los Derechos Sociales, mostrando su falta de fundamento empírico y el prejuicio ideológico que subyace en dichas posturas.

El aporte más importante realizado a la tesis de la fudamentalidad de los derechos sociales, sostenida por estos autores, es la conclusión a la que llegan, analizando el trabajo de los jueces en la interpretación de estos derechos, pues es valeroso reconocer que pese a los avances realizados desde la jurisdicción, no es ella quien debe desempeñar estas atribuciones para adoptar estas decisiones complejas, pues el proceso judicial es limitado al objeto de Litis, quedando por fuera el conflicto social, pues el proceso judicial se circunscribe al debate entre dos partes antagónicas, dejando por fuera factores importantes, entonces se

⁴⁷ Ibid., p. 116.

considera que debe ser al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, debe limitarse a controlar a adecuación de las medidas concretas que ha impartido⁴⁸.

⁴⁸ ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2da edición, Ed. Trotta, Madrid 2004. Pág. 249

2. LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El término “Derecho a la Salud”, ha sido cuestionado, y un ejemplo de ello se refleja en lo que expone el autor Salvador Rey Guanter, que recomienda llamarlo *derecho a la protección en salud*⁴⁹, pues sería un derecho irrealizable, ya que por más remedios preventivos y reparadores, no es posible su exclusión, pues los factores que alteran la salud se escapan en gran medida al control humano, además es una realidad el dicho popular que reza, nadie tiene la vida comprada. No obstante, en el presente estudio se seguirá llamando derecho a la salud, pues así es que es tratado en todos los escenarios donde es estudiado.

A lo largo del desarrollo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha ofrecido tres criterios para entender el derecho a la salud como derecho fundamental: (i) en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales, (ii) debido a su importancia frente a sujetos de especial protección constitucional, y (iii) como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo (derecho prestacional fundamental).

(i) El primer acercamiento hecho por la Corte Constitucional, para considerar la salud como derecho fundamental fue estableciendo este derecho como fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales, porque, *son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental,*

⁴⁹ REY, Guanter, Salvador del. El derecho a la protección de la salud: Notas sobre se entramado Constitucional. En *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 6, (1998), Pág. 161-168.

*adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida*⁵⁰. Así mismo, desde el inicio de la jurisprudencia constitucional, fue definido el derecho a la salud, el cual fue determinado con una doble connotación de la siguiente manera: *El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela*⁵¹.

(ii) La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que tratándose de sujetos de especial protección, es decir la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, el derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.

Lo anterior por cuanto la Constitución determina expresamente que el derecho a la salud de **los niños y las niñas** es de rango fundamental (artículo 44 de la Carta Política); es decir, un derecho subjetivo de aplicación inmediata. Por este motivo, el juez constitucional tiene la potestad de aplicar directamente, en ausencia de

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-491 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-484 de 1992 M.P. Fabio Monroy Díaz.

prescripción legislativa, el núcleo esencial⁵² de los derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. Así la Corte Constitucional ha considerado que *los derechos a la seguridad social y la salud de los menores son derechos fundamentales autónomos, susceptibles de ser amparados a través de la acción de tutela, sin necesidad de recurrir a argumentos atinentes a la conexidad con otros derechos fundamentales como la vida y la integridad física*⁵³.

En el caso de las **personas con discapacidad**, la Corte entendiendo que el *Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Ha remarcado la importancia de la carta política respecto de los derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), como derecho fundamental de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social. Por esta razón sostiene la Corte Constitucional que, Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).*⁵⁴.

(iii) El criterio del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, aunque fue sostenido desde mucho tiempo atrás por la Corte Constitucional,

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-002 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-151 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T -288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

tomó especial fuerza con la expedición de la sentencia T-760 de 2008, que con la finalidad de sistematizar y compilar las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud, estableció que debía considerarse este derecho como autónomo e independiente, *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 traducible en un derecho subjetivo*”, de tal forma que la Corte Constitucional señaló 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.^[16] Concretamente, 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.^[17] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo⁵⁵.

2.1 FUENTE NORMATIVA DEL DERECHO A LA SALUD

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, en Colombia adquirieron rango constitucional la exigibilidad de los derechos fundamentales, y se realizó un importante avance en el reconocimiento y la existencia de los derechos sociales,

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

tal y como ocurrió con el derecho a la salud, establecido en el artículo 49 Constitucional, así:

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

(...)

Así mismo, la Constitución Política consagra la salud expresamente como derecho fundamental para la niñez en su artículo 44; y haciendo una interpretación constitucional a las luces del Estado Social de Derecho, se entiende como estipulaciones del derecho a la salud, lo referente al artículo 46 respecto de la tercera edad, el artículo 47 respecto a las personas es condición de discapacidad, el artículo 52 en lo referente al incentivo del deporte como preservación y desarrollo de la salud en el ser humano, el artículo 53 en relación con los

trabajadores, el artículo 64 respecto de los trabajadores agrarios, y el artículo 79 como determinante de un ambiente sano.

No obstante y con la fuerza normativa que se conciben los instrumentos internacionales en Colombia, al tenor del artículo 93 de la Constitución Política, tenemos como fuente normativa del derecho a la salud, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que expresa:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contiene normativa respecto a la salud, que dispone:

Artículo 11. Num. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Artículo 12. Num. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de

afecciones o enfermedades, y además de los enunciados, existen igualmente instrumentos regionales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo 11, consagra el derecho de toda persona a la preservación de la salud; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1966), que establece la obligación de los Estados en adoptar medidas que permitan alcanzar progresivamente el goce efectivo de los DESC; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988) que en su artículo 10 establece el derecho a la salud, como el derecho al disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental.

Como derecho social a cargo del Estado, la salud fue desarrollada mediante políticas públicas en salud, a través de leyes, principalmente la Ley 100 de 1993, decretos de contenido administrativo que la desarrollan, y las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Toda esta normativa conforma un maremágnum de disposiciones, que su estudio desborda las pretensiones de este trabajo, sin embargo, no sobra advertir que ha sido la Corte Constitucional, quien a través de su jurisprudencia en acciones de tutela, ha sido un actor principal en el desarrollo del Derecho a la Salud, fijando inclusive políticas públicas que en muchas ocasiones ha servido para acusarla de intromisión en la función legislativa y gubernativa⁵⁶, ejemplo de ello, es la reiterada inaplicación del plan obligatorio en salud (POS) contenido en decretos gubernamentales, que precisamente desarrolla esta política pública, y respecto de la cual la Corte Constitucional, por

⁵⁶ Al respecto puede consultarse, el libro “Polémicas Constitucionales” de Manuel José Cepeda Espinosa. Capítulo II. Constitución y Economía: las premisas equivocadas del debate. Pag. 139. Editorial Legis, primera Edición. Bogotá. 2007. Pag. 137 y 138. Donde el autor analiza las sentencias con implicaciones económicas y la función de los jueces en la aplicación de las políticas públicas, y concluye que porque la implementación de un derecho cueste dinero al Estado, no le es permitido a los jueces justificar su violación para ahorrar recursos, y el Juez al reconocerlos no deben distorsionar las políticas públicas cuando protegen un derecho ni alterar las prioridades fijadas por las autoridades económicas competentes y debatidas por el Congreso de la República mediante procesos abiertos y democráticos.

considerarlos inconstitucionales y lesivos del derecho fundamental a la salud, ordena su inaplicación⁵⁷.

El trabajo desarrollado por los jueces en el establecimiento de las líneas jurisprudenciales ha sido determinante en el entendimiento del derecho a la salud en Colombia, tanto que se consideran moduladores del sistema general de salud, en contraposición con el término reguladores, pues es más amplio e implica establecer, implantar, y monitorear las reglas del sistema de salud, y dictar algunas directrices estratégicas⁵⁸, construyendo una regulación mediante litigio al interior de la Corte Constitucional⁵⁹.

2.2 EL CARÁCTER PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

La salud como derecho, es un digno ejemplo de un derecho social prestacional, ya estudiados en el capítulo anterior, y que además sirve para demostrar el claro avance del Estado Social de Derecho, de cara con las obligaciones impuestas a cargo de este, para con todos los ciudadanos.

Gracias a la motivación expresada en la constituyente de construir una sociedad más justa, se escogió como forma organizativa del Estado, el modelo de Estado social de derecho, donde sirven como principios fundantes, el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, con ello busca, propender por el bienestar integral de los asociados en aras de

⁵⁷ Al respecto puede consultarse GRANADOS FERREIRA, Jackeline. Definición de la regla hermenéutica en la inaplicación de la norma del plan obligatorio en salud por parte de los jueces de Bucaramanga para la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida fundamentados en la excepción de inconstitucionalidad. En: Derecho, Hermenéutica y juridicidad. Editorial UIS, Bucaramanga, 2011. P. 349-374.

⁵⁸ LONDOÑO HOYOS, Fernando. La economía en la constitución de 1991. En: Revista Javeriana. 2001. Vol. 137. p. 639-648.

⁵⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina. En: La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 375-415

contrarrestar las desigualdades sociales y ofrecer a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales. Su objetivo es combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores o grupos de la población, prestándoles asistencia y protección⁶⁰.

La jurisprudencia Constitucional, en sentencias T-149 de 2002 y C-239 de 1997, estableció que bajo la óptica de estado social de derecho, *la dignidad humana* como principio fundante del Estado colombiano impide que la persona sea tratada como un objeto o un medio valorable en dinero, ya que ella es un fin en sí misma. De ahí que la persona se constituya en el sujeto, la razón de ser y el fin del poder político. *El trabajo* es un pilar del Estado en la búsqueda de crear las condiciones de acceso y mejora de las condiciones de vida laboral, y en tanto *la solidaridad* se traduce en una exigencia al Estado, la sociedad y la familia de socorrer a quienes se encuentren en estado de necesidad con medidas humanitarias.

De esta forma, la salud en Colombia fue consagrada como un servicio público a cargo del Estado, ello significa que debe ser otorgada a la población en forma prestacional, lo cual debe entenderse como una manera de desarrollar y consolidar el Estado Social de Derecho, donde la mera declaración del derecho no constituye en la conquista constitucional, sino que ella debe traducirse en la realización a cargo del Estado, donde el derecho abstracto se concreta con las reglas y procedimientos que lo tornan efectivo. De esta forma, la jurisprudencia constitucional estableció que todas las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos, no están para restringir el derecho fundamental, sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, con el fin que los derechos sean eficientes en gran medida⁶¹.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-579 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 480 de 2007. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Así, se sostiene que la nueva Constitución varía algunos de los tradicionales elementos del concepto de seguridad social e incorpora, entre otros, nuevos principios de profundo sentido solidario y humanista, y, no obstante mantener la mayor parte de sus manifestaciones como derechos programáticos, en el sentido de que dependen de las disposiciones legales y de las disponibilidades fiscales y físicas del Estado, ya no sólo las hace surgir del vínculo económico laboral entre empleadores o patronos y trabajadores, sino que las reconoce a todos los habitantes como un derecho irrenunciable, y como parte de un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Esta se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, inclusive por las entidades respectivas, de naturaleza pública o privada, creadas, también de conformidad con la ley, para la administración financiera y asistencial de la seguridad social, según lo establecido por los artículos 48 y 49 de la Constitución⁶².

Frente a ese derecho constitucional, surge, en principio, el correlativo deber del Estado de *organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad*, estos tres principios también consagrados en el artículo 48 de la Constitución que establece el mecanismo instrumental para que el derecho a la salud sea una realidad, ese instrumento es la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los habitantes de Colombia⁶³.

Expresamente la Corte Constitucional, definió el servicio prestado por el Estado en la sentencia SU-111/97, con el Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, de la siguiente manera:

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 43 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 480 de 2007. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.”

El derecho a la salud se desarrolla desde los planos preventivo y reparador, pues existe una tendencia a la universalización de la asistencia sanitaria, que debe ser considerada como derecho originario y no derivado, como absoluto y no dependiente, es así como se ha arribado al estado de considerar el derecho a la salud que tiene una persona no por el solo hecho de ser trabajadora, o familiar del trabajador, sino por el simple hecho de ser personas; de esta forma, se considera que el derecho a la protección en salud es una lógica consecuencia del derecho a la vida y a la integridad física⁶⁴.

2.3. TRATAMIENTO EN COLOMBIA AL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN SALUD.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991, no se hablaba propiamente de derecho a la salud, y menos que tuviese algún rango Constitucional; y como antecedentes a este derecho, se puede referenciar que en vigencia de la Constitución de 1886, la preocupación del Estado colombiano por la seguridad

⁶⁴ GUANTER, Salvador del Rey. El derecho a la protección de la salud: Notas sobre se entramado Constitucional. En: Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. 1998. no. 6. p. 161-168.

social estuvo dirigida particularmente a garantizar los servicios básicos en materia de salud, sin embargo, respecto a ella, dominó un sistema discriminatorio y desordenado dividido entre lo privado y lo público dependiendo de la capacidad de pago de sus afiliados. Al sistema privado acudían los más pudientes accediendo a los centros de atención médica especializada en tanto que al público concurría la población con menos recursos recibiendo servicios denominados de *caridad*, incluso supeditando en algunos casos su prestación a la obligación de por lo menos hacer una donación de sangre por parte de los familiares del paciente. Debido al incremento de la demanda de servicios, el Estado se vio obligado a crear el sistema de beneficencia, garantizando mediante instituciones la atención en salud de las personas de más escasos recursos económicos⁶⁵, y fue así como con el Acto Legislativo No. 1 de 1936, se creó la asistencia pública a cargo del Estado, la cual debía prestarse a quienes carecieran de los medios de subsistencia, de derechos para exigir a otras personas, y además estuvieren incapacitados para trabajar, y su cumplimiento quedaba a cargo de la disponibilidad y la forma como la Ley lo determinara. Así que dicha disposición constitucional, en realidad se convirtió en una mera declaración que no era exigible por los beneficiarios.

Esta primera etapa fue llamada *modelo higienista*⁶⁶, y consistía en que el Estado solo atendía la salud en lo meramente sanitario, y lo demás como la atención preventiva y curativa, debía ser financiado por los propios usuarios, o por organizaciones religiosas de caridad, lo cual cambió cuando en 1945, fue creada la Caja Nacional de Previsión para atender en salud a los empleados públicos, y al año siguiente el Instituto de Seguros Sociales para atender los empleados

⁶⁵ PALACIO Palacio, Jorge Iván. Ponencia sobre Derecho A La Seguridad Social En Salud. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DERECHO%20A%20LA%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20EN%20SALUD.PHP>

⁶⁶ OROZCO AFRICANO, Julio Mario. Caracterización del mercado del aseguramiento en el Régimen Contributivo en Colombia. Cartagena. 2006. p. 23.

privados, dejando por fuera de la atención en salud a la población menos favorecida y la que laboraba en la informalidad.

Posteriormente con la Ley 9ª de 1979, se marcó un importante precedente en lo relativo a la concepción del derecho a la salud y a las responsabilidades oficiales y particulares. Esta normativa dispuso que *todo habitante tiene derecho a las prestaciones de salud, en la forma que las leyes y reglamentaciones especiales determinen y el deber de proveer a la conservación de su salud y de concurrir al mantenimiento de la salud de los demás.*

Así, se puede decir que desde la década de los 70's hasta 1989, existió un Sistema Nacional de Salud, donde se subsidiaba la oferta, es decir, los recursos del gobierno se transferían a la de red instituciones públicas hospitalarias, y fue en esta etapa donde la Salud empezó a ocupar importancia en la planeación socioeconómica del país, pero pese a todos los esfuerzos, la realidad mostraba que los ciudadanos de escasos recursos, seguían sin recibir una atención integral en Salud.

Todos estos modelos significaron la negación del derecho a la salud como un derecho pleno y fácilmente exigible, y menos aún tratarlo como un derecho fundamental, así sea por conexidad, pero esta situación cambió con el reconocimiento de la salud como un servicio público, y gracias al cambio de Constitución, donde se acogió el modelo de Estado Social de Derecho en el cual se adquiere gran importancia la efectividad, exigibilidad e inviolabilidad de los derechos fundamentales, empezando por el derecho a la vida, y se reconoció el sistema de seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, que conminó al Estado a prestar dichos servicios directamente o a través de particulares delegados por este. Unido a lo anterior, y de acuerdo al modelo económico que se imponía al mismo tiempo, el Estado dejó de mantener el monopolio del servicio público de salud, e implantó la libre competencia con la

incorporación de empresas prestadoras del servicio de salud de carácter particular, materializado con la Ley 100 de 1993.

Con este cambio, gracias a los movimientos internacionales que propugnan por una reforma a los sistemas de salud, estos se dividieron, por un lado, en política pública ocupado por economistas, salubristas, politólogos, políticos; y por otro como derecho fundamental, estudio realizado por los juristas, y como acertadamente lo describe López Medina, se empieza a tejer una trama en la que derecho y economía se relacionan, cuando se presentan reclamaciones a la salud, y se ocupan a los jueces, pero ello depende de la existencia de formas de financiación que garanticen la prestación eficiente y sostenida de los servicios requeridos, asunto que preocupa a la economía⁶⁷.

Cabe resaltar, que poco tiempo antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, ya la jurisprudencia constitucional, en aplicación de la nueva Constitución Política y conociendo acciones de tutela, hizo importantes pronunciamientos sobre la importancia del derecho a la salud, el cual interpretó como un derecho de dos bloques, el primero, lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida, y el segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas⁶⁸, así en el Estado colombiano se empezó en principio a considerar el derecho a la salud como fundamental, solo en el evento que se viera relacionado el derecho a la vida.

En dichas primeras posturas, la Corte Constitucional, propugnó por la fundamentalización de los derechos constitucionales sociales, y particularmente, la

⁶⁷ LÓPEZ. Op. Cit., p. 380.

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

salud ha sido un derecho social aventajado en su estudio, dada su estrecha relación con derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, y la dignidad humana; entonces, al mismo tiempo que se consideró que la salud no era un derecho fundamental por sí mismo, la Corte estimó que en casos particulares adquiere carácter de fundamental cuando se cumpla con la finalidad de hacer realidad la vigencia de otros derechos fundamentales⁶⁹.

Con las anteriores consideraciones jurisprudenciales, se observa que el derecho a la salud no fue visto como un derecho fundamental autónomo e independiente, sino que dependía de la realización de otros derechos fundamentales, en donde la salud se vio como un derecho conexo, lo que dificultó la interpretación y desarrollo de importantes temas trascendentales en el constitucionalismo colombiano, como la exigibilidad directa de los derechos sociales, y la fundamentación del derecho a la salud, como derecho independiente y autónomo, cuestiones que repercuten directamente en el tema de la financiación del sistema de salud.

Con estos antecedentes, llegó a la normativa colombiana la Ley 100 de 1993, que buscó modernizar y regular toda la seguridad social en el país, y en ella la salud fue radicalmente reorganizada⁷⁰, con la finalidad de hacer sostenible financieramente este novedoso sistema, haciendo un uso eficiente de los recursos públicos, límites a los costos y distribución racional de recursos. Ejemplo de ello, puede mencionarse los principios orientadores en la conformación del POS (plan obligatorio de salud), contenidos en esta ley, que reglamentó la creación de un

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-491 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁰ Comúnmente se ha mencionado que su implementación ocurrió en aplicación al modelo llamado: "Pluralismo estructurado", el cual sirvió para estructurar los sistemas de salud utilizando para ello un enfoque sistemático y sistémico, enfatizando en las relaciones entre sus principales componentes, estos son, el financiamiento, prestación, modulación, y la articulación, en el cual se armonizan la prestación de salud con el sistema económico colombiano, puede verse en: LONDOÑO DE LA CUESTA. Juan Luis; FRENK, Julio. Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Documento de trabajo 353. Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo. 1997.

listado cerrado y fijo de procedimientos y medicamentos a los cuales podían acceder los afiliados al sistema.

Como servicio público, el sistema de seguridad social en salud se dividió en dos regímenes diferentes, mediante los cuales se puede acceder al servicio y que tienen que ver con las posibilidades y requisitos de afiliación y su financiamiento: El régimen contributivo, al que pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias; y el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

2.4 IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE SALUD

Concebido el POS como una herramienta para la racionalización de recursos en cabeza de los aseguradores y promotores de salud, este se convirtió en un obstáculo desde el punto de vista de los consumidores, lo cual motivó que la Corte Constitucional zanjara este boquete y conflictos, lo que denomina López Medina⁷¹ el choque entre el *sistema de salud* como mecanismo de circulación de recursos de sus fuentes a los usuarios y el *derecho a la salud* como conjunto optimizante de prestaciones a las cuales los usuarios deben tener acceso inmediato, donde estos conflictos significaban tomar posturas, como por ejemplo, que la aceptación del POS implicaba renunciar a tratar enfermedades incurables o costosas, que no correspondían al equilibrio costo-eficiencia, por lo que se excluían del paquete general de beneficios, dejando sin atención en salud a los más enfermos, y concomitante a este problema, se mostró también la limitación a la libertad profesional a los médicos, donde la rigidez del POS obligaba a estos profesionales a imponer tratamientos y medicamentos homogenizados, y basados en protocolos de medicina basada en la eficiencia.

⁷¹ LÓPEZ. Op. Cit., p. 391.

Le correspondía a la Corte Constitucional, dirimir el choque de criterios entre aplicar el POS o restarle importancia a su aplicación rígida, con lo cual, fue construyendo amplia línea jurisprudencial, por ejemplo, existieron pronunciamientos en los que la Corte propugna por una utilización racional de los recursos en salud, en las sentencias T-527 de 1993 y T-432 de 1994, donde se subordinó el ejercicio del derecho prestacional de la salud a la existencia de los recursos necesarios para la prestación de servicios, y afirmó, que no existen los recursos para prestar un servicio eficiente a toda la población, y en este caso, estudiado la Corte Constitucional, negó la prestación de salud con el argumento que la enfermedad no tenía esperanza de mejoría, sin embargo, este criterio fue rápidamente remplazado, mediante la sentencia SU-043 de 1995, y se realizó un viraje en la jurisprudencia y para expresar en su lugar, que *las entidades públicas o privadas encargadas de llevar al afiliado los beneficios del plan obligatorio de salud, no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente.*

Desde su comienzo, la disputa del POS no fue tan pacífica, y como consecuencia de esta jurisprudencia, prácticamente en Colombia dejó de existir un POS cerrado, que los jueces constitucionales abrieron, creando un POS jurisprudencial, que como lo describe LOPEZ MEDINA⁷², ocasionó que se empezara a sentir presión del sistema de salud, frente a lo que se consideró como la excesiva y anti-económica extensión del derecho, lo que generó nuevas posiciones al interior de la Corte, buscando una moderación y racionalización del derecho, que inició con la sentencia SU-111 de 1997, donde ganó por única vez en la historia una posición jurídica donde el equilibrio financiero del sistema dependía de la intangibilidad de los paquetes esenciales de servicios definidos para el sistema colombiano, al considerar que *No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de*

⁷² Ibid., p. 393.

los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones.

De todos modos, fue la posición de un POS abierto la que fue tomada sostenidamente por la Corte Constitucional, creando la reiterada y repetitiva lista de requisitos para reconocer la inaplicación de la reglamentación POS, que excluye algún medicamento o tratamiento requerido, los cuales son; En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues consideró la Corte que 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. En segundo lugar, debe tratarse 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. En tercer lugar, 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, como por ejemplo, la medicina prepagada, o un plan de beneficios laborales, y finalmente, en cuarto lugar, 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 demandante⁷³.

El anterior enunciado de requisitos para la inaplicación de las normas del POS, se extendió ampliamente, y el impacto económico en las entidades prestadoras de salud, fue considerado por la misma Corte Constitucional, así les reconoció a estas que actuaban a través de una relación contractual, y que si se iba más allá de lo reglado, era justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición por el Estado, y determinó que el dinero podía salir del Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado en el principio constitucional de la solidaridad, de la subcuenta *promoción de la salud*; y aunado a esto la Corte también agregó que dicha repetición se debía tramitar bajo el principio de celeridad, ordenando que la acreencia con la EPS debía cancelarse lo más rápido.

Sin embargo, y como lo describe López Medina⁷⁴, también desde el poder ejecutivo se trató de desmontar el POS jurisprudencial, en aras de buscar el equilibrio financiero del sistema de salud, de contentar a los interesados de dicho sistema, como usuarios, profesionales médicos, EPS, se crearon los comités técnicos científicos como instrumento para obtener un arbitraje profesional como procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el POS, con criterios de costo efectividad, y con participación de un representante de los usuarios. Con este método, se aceptó un POS abierto de forma controlada por agentes diferentes a los jueces. Pero el gran intento para imponer un POS cerrado fue el Decreto 266 de 2000, que buscaba evitar la *desviación de recursos de la seguridad social* limitó las reclamaciones de las prestaciones del plan obligatorio de salud de los afiliados, a la razonable capacidad de los poderes público y ocasionalmente particulares, no obstante, fue solo un intento, ya que este Decreto

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-329 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁴ LÓPEZ. Op. Cit., p. 397.

fue declarado por la Corte Constitucional inexecutable mediante sentencia C-1316 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz.

2.5. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD

La acción de tutela en Colombia está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, que preceptúa que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*... y de los particulares en los casos establecidos por la Ley.

Creada por la Asamblea Constituyente de 1991, fue una de las innovaciones más importantes establecidas en la nueva constitución, pues con ella se creó por primera vez en Colombia, un instrumento ágil y eficaz en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, concordante con el modelo de Estado Social y democrático de derecho imperante, y que fuera diferente a los mecanismos procesales ya existentes. Igualmente, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual, autónoma, que controla las acciones u omisiones de las autoridades y excepcionalmente de los particulares, y ella es revisada por la Corte Constitucional, con el fin de unificar la jurisprudencia, y buscar así una verdadera primacía constitucional e interpretación coherente y unificada de los derechos fundamentales⁷⁵.

⁷⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La acción de tutela y la salud 2011. Bogotá. 2012. p. 26

Respecto a la salud, ciertamente podemos decir que la acción de tutela se ha constituido en el mecanismo en que la mayoría de los colombianos han centrado sus esperanzas de defensa de este derecho, particularmente, para los más desvalidos ante la dureza del Estado sobre sus pretensiones⁷⁶, esto demuestra las dificultades que tienen las personas para gozar del servicio público de salud, cuando les niegan ya sean medicamentos, cuando las personas fallecen a las entradas de los hospitales; y lo más grave aún que se califica como una política administrativa de negación del servicio, que arroja al usuario a la acción de tutela⁷⁷.

Es tan importante la acción de tutela en la efectividad del derecho a la salud, que según estudios realizados por la Defensoría del Pueblo, muestra que la salud siempre ha sido un importante motivo para interponer esta acción entre los colombianos, y específicamente desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, del número total de tutelas interpuestas por los ciudadanos el 30% invocaba la salud como derecho, y para el año 2006, fue el derecho más invocado, y en el 2008, representó el 41% del total de las solicitudes. Ha sido esta, entre otros motivos, la razón por la cual la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-760 de 2008, en la que, como ya se dijo, estableció órdenes dirigidas a las entidades competentes, destinadas a lograr la efectiva protección del derecho a la salud y a frenar la avalancha de tutelas. Se cumplió tal objetivo en los años 2009 y 2010, ya que en el año 2011, la interposición de tutelas para reclamar servicios de salud nuevamente se reactivó, incrementándose en un 12,11%⁷⁸.

La jurisprudencia derivada de la acción de tutela en el tema de la salud, ha servido para determinar las reglas articuladas por la Corte Constitucional para conceder el

⁷⁶ PALACIO Palacio, Jorge Iván. Ponencia sobre Derecho A La Seguridad Social En Salud. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DERECHO%20A%20LA%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20EN%20SALUD.PHP>

⁷⁷ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. Cuarta Edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2010. p. 316.

⁷⁸ Datos estadísticos publicados por la Defensoría del Pueblo, quienes anualmente presentan informe sobre la efectividad del derecho a la salud y especialmente su relación con la acción de tutela. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op. cit., p. 99.

derecho a la salud, como por ejemplo, las reglas vistas anteriormente, respecto de los problemas relacionados con la falta de entrega de medicamentos, o la falta de ejecución de tratamientos médicos, que han sido ordenados o diagnosticados, pero que no se encuentran enlistados en la reglamentación del POS; e igualmente, la tutela ha servido para ofrecer un balance y respuesta estructural a la afectación permanente a la salud en Colombia, como se puede ver en la sentencia hito en el desarrollo y protección del derecho a la salud T-760 de 2008, donde se establecieron ordenes dirigidas a las entidades competentes para lograr una efectiva protección del derecho a la salud.

Por medio de la referida sentencia de tutela, la Corte Constitucional buscó tener una muestra lo más comprensiva posible del tipo de problemas que han llevado a los tutelantes a acudir a la justicia constitucional para obtener la satisfacción de su derecho de salud, y por otro lado, analizar diferentes facetas del derecho a la salud y valorar sus implicaciones, siempre con la finalidad de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho, por ello, se hizo una recopilación de algunas de las reglas constitucionales pertinentes; en especial, de normas que tenían que ver con el derecho al acceso a los servicios en salud.

La Corte Constitucional por medio de la acción de tutela, ha regulado el derecho a la salud, determinando las condiciones para acceder a los servicios requeridos incluidos y no incluidos en el plan obligatorio, ha definido el derecho a obtener el transporte y la estadía como medio para acceder a un servicio, reiterando la protección especial a niños y niñas; ha incluido el concepto del médico adscrito y externo como medio para acceder a la salud; ha definido reglas para solucionar conflictos entre el médico tratante y el Comité técnico Científico; reconocido el acceso al diagnóstico como derecho a la salud; ha reiterado que la prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad; ha insistido en el principio de integralidad, y el principio de continuidad, como el acceso a un servicio de salud debe ser continuo y no puede ser interrumpido súbitamente, reconocido el derecho

a recibir información sobre la salud; declarando la prohibición de trasladar a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS, ha reconocido la protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo; la libertad de elección de EPS; facilitado el acceso sin obstáculos por pagos; y considerado que Allanamiento a la mora por parte de la EPS, la imposibilita para negar servicios en salud a los usuarios que no paguen la totalidad de los aportes en salud.

3. HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO A LAS ACCIONES DE TUTELA EN SALUD. CUMPLIMIENTO DEL FALLO E INCIDENTE DE DESACATO.

En Colombia es de común ocurrencia la situación en la que se encuentran muchos ciudadanos, con múltiples barreras de tipo administrativo, para acceder a los servicios de salud, por tal razón ha surgido la tutela como un mecanismo para superarlos. Pero hasta qué punto se ha vuelto una nueva forma burocrática procedimental para acceder a los servicios de salud, sin obtener una solución a sus peticiones.

Quienes interponen una acción de tutela por motivos de acceder a los servicios en salud, no necesariamente son personas consideradas como minorías con especial protección, como por ejemplo, niños, adultos mayores, negros, indígenas, madres cabeza de familia, sino corresponde a todo colombiano que no obtiene la atención en salud que su necesidad requiere, sin tener necesariamente el rotulo de minoría, lo que denota la especialidad que es un problema que afecta a toda la población en general, aunque en especial a los sujetos de especial protección constitucional.

En todos los casos, de no hacerse efectivo un fallo de tutela voluntariamente por el accionado, la orden de tutela se hace efectiva mediante la coacción que inflige la obligatoriedad de su cumplimiento so pena de ser sancionado por desacato, en virtud de un poder sancionatorio legitimo del Estado, mediante un procedimiento incidental, o mediante las potestades conferidas al juez para obtener el cumplimiento del fallo, herramientas que debe ser abordado con suma atención académica, pues de poco sirve que exista la acción de tutela, si ella no cuenta

con un incidente de desacato, que realmente cumpla los fines para los cuales fue creado⁷⁹.

Para conocer la efectividad de la acción de tutela, necesariamente debemos analizar los mecanismos con los que cuentan los jueces para cumplir sus órdenes sobre derechos fundamentales, que son los dos contenidos en el Decreto 2591 de 1991, normativa regulatoria de la acción de tutela, denominados “cumplimiento del fallo (art. 27)” e “incidente de desacato (art.52)”.

Estas dos figuras procedimentales, han sido principalmente concretadas en la jurisprudencia constitucional, en donde se han solucionado problemáticas en su aplicación, llevando a llenar vacíos dejados por el legislador, pasando por la utilización de la analogía de normas, y aplicación de los principios generales del derecho.

En la medida que funcionen eficientemente estas herramientas, las personas se sentirán realmente respaldadas por el Estado, en la lucha por disfrutar realmente de los derechos fundamentales, para que no queden en meras declaraciones, inertes en la vida real de las personas, pues la novedad de la Constitución Política de 1991, no se limita a los enunciados de los derechos fundamentales, sino a garantizar su exigibilidad, pues de no ser así, queda en tela de juicio la eficacia de las normas constitucionales protectoras de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, ha manifestado que el cumplimiento de las órdenes judiciales representa uno de los aspectos centrales del Estado social de derecho porque es el pronunciamiento de la autoridad competente que por medio de la aplicación de la Constitución y la Ley define la situación jurídica en una controversia. Del cumplimiento de los fallos depende la confianza, el respeto, la

⁷⁹Defensoría del Pueblo. La tutela y el derecho a la salud 2010. Bogotá. Defensoría del pueblo, 2011.

convivencia pacífica y el legítimo uso de la autoridad en una sociedad democrática. Por ello, la reglamentación de la acción de tutela tiene previsto un incidente utilizable en caso de incumplimiento a una orden de tutela en el cual los jueces pueden hacer efectivas las órdenes dadas para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos fundamentales de las personas. Si tales mecanismos no existieran, las órdenes de los jueces podrían quedar como un mero pronunciamiento inútil, huero e ineficaz⁸⁰.

3.1 ¿QUÉ ES EL INCIDENTE DE DESACATO?

Es una herramienta con la que cuentan todas las personas a las que se les ha protegido un derecho fundamental mediante una tutela, y que sirve para conminar el cumplimiento inmediato de la orden impartida por el juez constitucional, con la amenaza de una sanción, contemplada en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

El juez de tutela mediante el incidente de desacato, se enviste de una potestad disciplinaria, o mejor correccional, para sancionar inclusive con arresto y multa, a quien desatienda las ordenes expedidas para hacer efectiva la protección a los derechos fundamentales⁸¹.

El incidente de desacato consiste en una conducta que, mirada objetivamente por el juez, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido. Desde el punto de vista subjetivo, la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, en cabeza de las personas a quienes está dirigido el mandato judicial, lo que significa que éstas deben gozar de la oportunidad de

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-190 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-554 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

defenderse dentro del incidente y estar rodeadas de todas las garantías procesales⁸².

Este mecanismo está contemplado en el Decreto 2591 de 1991, que preceptua:

ARTICULO 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. (~~La consulta se hará en el efecto devolutivo~~).

Para la Corte Constitucional el concepto de desacato, alude de manera genérica a cualquier modalidad de incumplimiento de órdenes proferidas por los jueces con base en el Decreto 2591 de 1991, de lo cual resulta que no solamente puede configurarse a partir de la desatención, burla o incumplimiento de lo dispuesto en el fallo de tutela sino también de la desobediencia a otras decisiones adoptadas por el juez en el curso del proceso, como por ejemplo las que ordenan la práctica de pruebas, la remisión de documentos, la presentación de informes, la supresión de aplicación de un acto o la ejecución de medidas provisionales para proteger los derechos en peligro⁸³.

Como lo sostuvo el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, el desacato constituye una advertencia judicial en el sentido de que la persona o autoridad contra la cual se instauró la tutela deje de incurrir en las conductas objeto de reproche no tiene un alcance puramente teórico ni puede entenderse como la

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-766 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸³ Ibid.

absolución del comportamiento del implicado frente a sus obligaciones constitucionales. Por el contrario, quien es reconvenido por el juez de tutela, tiene una sentencia judicial en su contra, previo proceso en el cual se ha demostrado que por su acción u omisión se generó el daño o se produjo la amenaza de derechos fundamentales. Por tanto, de una parte, debe responder, con arreglo al sistema jurídico vigente y según la magnitud de la conducta que le sea imputable, tal como resulta del artículo 6 de la Constitución Política⁸⁴.

Tan relevante es el cumplimiento efectivo a las órdenes de tutela que el incumplimiento del fallo de tutela no sólo representa falta disciplinaria y desacato sino que puede configurar conductas punibles como fraude a resolución judicial y prevaricato por omisión, y por lo tanto el juez debe compulsar copias a los órganos competentes en caso de que el accionado en la tutela desobedezca el fallo.⁸⁵

La finalidad del incidente de desacato no es otra que en caso de incumplimiento de una sentencia de tutela, el afectado tenga la posibilidad de lograr su cumplimiento mediante este incidente, dentro del cual el juez debe establecer objetivamente que el fallo o la sentencia de tutela no se ha cumplido, o se ha cumplido de manera meramente parcial, o se ha tergiversado, en consecuencia, debe proceder a imponer la sanción que corresponda, con el fin, como se ha dicho, de restaurar el orden constitucional quebrantado. Ese es el objeto del procedimiento incidental, por ello, no se puede volver sobre juicios o valoraciones hechas dentro del proceso de tutela, pues ello implicaría revivir un proceso concluido afectando de esa manera la institución de la cosa juzgada⁸⁶. Es así como el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-555 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Auto A008 de 2006. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-188 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio⁸⁷; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental.

3.2 ¿QUÉ ES EL CUMPLIMIENTO AL FALLO DE TUTELA?

El cumplimiento al fallo de tutela es un mecanismo diferente al incidente de desacato, también llamado “*trámite de cumplimiento*”, que aunque tienen el mismo origen derivado de la sentencia de tutela, persigue un objetivo distinto, dado que este persigue el aseguramiento de la vigencia de los derechos fundamentales, mientras que el incidente de desacato versa sobre la imposición de una sanción, consistente en multa y arresto.

El cumplimiento al fallo de tutela tiene su origen en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece:

ARTICULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

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

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-188 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-171 de 2009 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-123 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

En caso que el obligado no cumpla la orden de tutela, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, en interpretación del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 ha precisado cuales son los pasos que debe tomar el Juez Constitucional, de la siguiente forma:

- a. Si la autoridad obligada no cumple, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y para que abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra el directo responsable del incumplimiento.
- b. Si pasan cuarenta y ocho horas a partir del requerimiento al superior y la orden de tutela aún no se cumple, se ordena abrir proceso contra el superior,
- c. En el mismo auto que ordene abrir proceso contra el superior, el Juez directamente adoptará todas las medidas para el cabal cumplimiento de la orden. Y para tal efecto mantendrá la competencia hasta tanto esté restablecido el derecho.

Tratándose del cumplimiento del fallo la responsabilidad es objetiva porque no solamente se predica de la autoridad responsable del agravio, sino de su superior, siempre y cuando se hubiere requerido al superior para que haga cumplir la orden dada en la tutela⁸⁸.

El cumplimiento al fallo de tutela, es independiente de que se sancione o no al obligado a cumplir el fallo, y por ello el Juez Constitucional ostenta de este

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-763 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

mecanismo en cumplimiento al deber de asegurar el total cumplimiento del fallo, adoptando medidas adicionales a la sanción por desacato, cuando este resulta ser insuficiente para hacer cumplir la orden proferida.⁸⁹

Para facilitar su entendimiento y promover su aplicación de forma didáctica, la Corte Constitucional ha interpretado que, *el trámite del cumplimiento no es un prerequisite para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato*⁹⁰.

Con esta herramienta se dota al juez de amplias facultades para hacer cumplir la orden de tutela, sin embargo esta función no está claramente determinada en casos concretos en la jurisprudencia, que sirvan a manera de ejemplo y de instrucción, sobre la forma como el juez puede desarrollar esta facultad, por lo tanto existe un vacío que aunque se intenta llenar con la jurisprudencia constitucional, sigue latente, con más énfasis en las ordenes de tutela por el derecho a la salud, y cuando el obligado en el fallo de tutela sea un particular, sin un superior jerárquico fácilmente determinable.

3.3 ¿QUÉ DIFERENCIAS HAY ENTRE INCIDENTE DE DESACATO Y CUMPLIMIENTO AL FALLO?

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato son dos instrumentos jurídicos diferentes, los cuales, a pesar de tener un mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 0045 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-458 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

paralela, persiguen distintos objetivos, el primero, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo'⁹¹, de esta forma se ha sostenido que, *'si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección'*⁹². Por ello, sin perjuicio de que se sancione o no al funcionario obligado a obedecer el fallo, el Juez Constitucional tiene el deber de asegurar su total cumplimiento si ello no ha ocurrido por vía del desacato, ya que en ciertos eventos la efectividad de los derechos conculcados se logra 'a través de la adopción de medidas adicionales a la sanción por desacato, al ser este incidente insuficiente para hacer cumplir la orden proferida'⁹³, dado que el trámite del cumplimiento no es un prerequisite para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato

La Corte Constitucional ha precisado las diferencias existentes entre estos dos trámites en los siguientes términos⁹⁴:

- i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.
- ii)La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL Auto de Sala Plena del 17 de febrero de 2004, expediente de tutela T-373655, correspondiente a la Sentencia SU-1185 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹² Auto Ibídem.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 045 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1158 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque

v) puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.”

3.4 EL JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER LAS HERRAMIENTAS PARA HACER EFECTIVOS LOS FALLOS DE TUTELA

La determinación del juez competente para adelantar las herramientas para obtener el cumplimiento de las acciones de tutela, fue uno de los vacíos e incongruencia normativas dejadas por el legislados que fueron llenados por la jurisprudencia constitucional, y obviamente no fue ajeno a choques de interpretaciones y largos debates, pero que afortunadamente hoy han sido zanjados dichos choques interpretativos, como veremos a continuación.

Desde la expedición de la sentencia C-243 de 1996, cuando la Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de analizar la exequibilidad del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, fijó pautas interpretativas de dicha norma, entre ellas, la determinación de la competencia, en tal providencia, el alto órgano de Jurisdicción Constitucional, sostuvo que, de la lectura del inciso segundo del artículo 52 se deduce claramente que el adjetivo "mismo" se utiliza para referirse al juez de primera instancia, o, según el caso, al juez que profirió la orden, toda vez que exclusivamente a él se refiere el inciso primero del artículo. No importa si dicho juez conoció la acción en primera o en segunda instancia, toda vez que al tenor

de lo prescrito por el art. 31 del Decreto 2591 de 1991, la impugnación del fallo no es óbice para su incumplimiento; es decir, aun mediando impugnación el fallo debe ser cumplido de inmediato.

De esta forma, la Corte Constitucional, dejó claro que la competencia para adelantar el desacato, recaía en el juez que emitió la orden de amparo, es decir, sea bien el juez de primera instancia, o el juez de segunda instancia.

Pero la anterior posición fue variada, y con el mismo texto normativo, la Corte Constitucional construyó un nuevo análisis interpretativo, expuesto en el Auto 136A de 2002, donde en aplicación principalmente al principio de inmediación, frente al cual, el juez está en la obligación de sustanciar, en la medida de lo posible, personal y directamente el trámite de tutela. En este sentido deberá él mismo practicar las pruebas pertinentes y verificar el cumplimiento de sus providencias. En general, el principio de inmediación ordena al juez vincularse activamente con todos los trámites que sobre asuntos de tutela cursen en su despacho, así la Corte Constitucional, encontró que el juez de primera instancia (singular o plural), que haya conocido el trámite de tutela, es en todo caso el competente para conocer del trámite incidental por desacato, en todo caso, cuando quien concede la tutela es el juez de segunda instancia, deberá además de enviar el expediente a la Corte Constitucional para su revisión, debe remitir las copias pertinentes al juez de primera instancia para poder ejercer las facultades conferidas en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991. Se puede ver el giro en la jurisprudencia, donde ahora deja la competencia para tramitar el desacato y el trámite de cumplimiento al juez de primera instancia exclusivamente.

Para la Corte Constitucional, esta nueva interpretación fue elaborada desde las siguientes justificaciones: (i) Obedece a una interpretación sistemática del decreto 2591 de 1991, (ii) genera claridad en términos de seguridad jurídica, al desarrollar el principio de igualdad en los procedimientos judiciales, (iii) está en

armonía con el principio de inmediación del trámite de tutela y, (iv) protege la eficacia de la garantía procesal en que consiste el grado jurisdiccional de consulta.

De esta manera, la Corte Constitucional logró unificar las diversas interpretaciones de los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, que ocasionaron múltiples conflictos de competencia, y generaban la imposibilidad para los ciudadanos de hacer efectivas las ordenes de tutela, demostrando nuevamente, los yerros en que incurrió el legislador en la redacción de estos instrumentos, y el importante alcance de la interpretación de la Jurisdicción Constitucional, en el entendimiento de las herramientas para obtener el cumplimiento de las acciones de tutela.

Como en reiteradas ocasiones lo ha sostenido la Corte Constitucional, igualmente ella puede tener competencia para adelantar las herramientas para obtener el cumplimiento de las acciones de tutela, pero en los casos excepcionales y solo cuando exista una justificación objetiva, razonable y suficiente, por ejemplo *cuando el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia ha ejercido su competencia y la desobediencia persiste, o cuando la autoridad desobediente es una Alta Corte, (...), cuando se presenta un manifiesto incumplimiento de las órdenes de tutela sin que los jueces competentes hayan podido adoptar las medidas que hagan efectiva la orden de protección, o dichas medidas han sido insuficientes o ineficaces⁹⁵, o cuando en presencia de un estado de cosas inconstitucional, que afecta a un conjunto amplio de personas, se han emitido órdenes complejas, para cuya efectividad es necesario un permanente seguimiento y la adopción de nuevas determinaciones⁹⁶*, en estos casos como se dijo anteriormente, la Corte Constitucional adquiere competencia

⁹⁵ Corte Constitucional, Autos 010 y 045 de 2004 y 184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁹⁶ Corte Constitucional, Auto 256-07. Humberto Antonio Sierra Porto.

para conocer de los incidentes de desacato y adelantar el trámite al cumplimiento de tutela.

3.5 MEDIOS DE CONTROL A LAS HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS DE TUTELA.

En el presente caso, se llama medios de control a los instrumentos procesales que sirven para controlar las actuaciones proferidas por los jueces al interior de los incidentes de desacato principalmente; dado que el otro instrumento, es decir el cumplimiento al fallo de tutela, no existe ningún tipo de control, y por regla general, si se presentara alguna irregularidad en este, se sometería al control constitucional por vía de hecho, mediante la formulación de una acción de tutela.

Estos medios de control, se conciben como instrumentos que buscan que las decisiones al interior de los incidentes de desacato, sean revisadas por jueces de superior jerarquía, buscando la preservación del orden jurídico y corrigiendo yerros en los que incurriese el juez de primera instancia.

En la sentencia C-055/93 la Corte Constitucional definió la consulta como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata. En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad el establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia. Por tanto, en el caso de la consulta del incidente no se extiende al estudio de la

legalidad de la providencia de tutela en la cual se dio la orden que se alega como incumplida.

La interpretación de los medios de control a los incidentes de desacato ha sido controversial, por ejemplo mediante la Sentencia T-040 de 1996 la Corte Constitucional reconoció la posibilidad de la utilización del recurso de apelación, entendiendo que aunque este recurso no se cite en el Decreto 2591 de 1991, las normas del procedimiento civil eran aplicables a los trámites de tutela, y dado que esa normativa establece la apelación a las providencias que definen los incidentes son apelables (art. 351 del C. de P. C.), la decisión tomada al interior de un incidente de desacato, podía ser apelada.

Sin embargo, la permisión del recurso de apelación dentro de los incidentes de desacato, fue replanteada en la Sentencia T-766 de 1998, donde se negó la procedencia de este recurso, y en su lugar se determinó que el único mecanismo contemplado para que el tema suba al conocimiento del superior jerárquico es la consulta, cuyos alcances son diferentes.

Este constituye otro ejemplo de la falta de técnica legislativa en la redacción del Decreto 2591, sumado a la consagración de la consulta en el efecto devolutivo, tal yerro se mantuvo hasta que la Corte Constitucional lo declaró inexecutable, en la Sentencia C-243 de 1996, donde acertadamente consideró que el efecto devolutivo permite que mientras la consulta se decide, la ejecución de la pena se lleve a efecto sin el pronunciamiento del superior jerárquico, que puede llegar tarde, cuando la privación de la libertad, por ejemplo, esté consumada o parcialmente consumada y que, además, puede ser revocatorio de la decisión sancionatoria del a-quo, por lo que desde allí se ordenó que el efecto en que se debía tramitar la consulta, debía ser el suspensivo.

Otra herramienta que se ha adquirido importancia para el control de las actuaciones judiciales en los incidentes de desacato, y cumplimientos al fallo de tutela, es la misma acción de tutela, que procede excepcionalmente contra las decisiones tomadas en el curso de un incidente de desacato, si puede verificarse la existencia de una vía de hecho⁹⁷, de esta forma es claro que por medio del incidente de desacato, las autoridades judiciales toman decisiones que pueden vulnerar los derechos fundamentales de los accionados.

La anterior manera de impugnar decisiones judiciales por vía de tutela, generó la tesis de la vía de hecho como factor determinante, para establecer cuando la actuación judicial cuestionada, había quebrantado el ordenamiento jurídico, y con ello se creó toda una línea jurisprudencial respecto de la acción de tutela contra el incidente de desacato.

Para la Corte Constitucional, una acción de tutela contra la decisión del incidente de desacato, es procedente cuando: (i) los argumentos del accionante en el trámite del incidente de desacato y en la acción de tutela deben ser consistentes; (ii) no deben existir alegaciones nuevas, que debieron ser argumentadas en el incidente de desacato; y (iii) no se puede recurrir a la solicitud de nuevas pruebas que no fueron originalmente solicitadas y que el juez no tenía que practicar de oficio, además debe encontrarse agotado el trámite incidental.

Por otra parte, el juez de tutela cuando conoce de una tutela contra el desacato debe limitarse a estudiar (1) si el juez del desacato actuó de conformidad con la decisión de tutela originalmente proferida; (2) si respetó el debido proceso de las partes; y, finalmente, (3) si la sanción impuesta – si fuere el caso – no es arbitraria⁹⁸.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-343 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1113 DE 2005. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

3.6 LEGITIMACIÓN POR ACTIVA Y POR PASIVA PARA INTERVENIR EN EL INCIDENTE DE DESACATO.

Para la Corte Constitucional, el incidente de desacato a diferencia de la acción de tutela, no solamente puede tramitarse a solicitud de parte interesada, también de oficio o por intervención del Ministerio Público, cabe destacar que también pueden hacerlo los personeros municipales, o de la Defensoría del Pueblo, en guarda de los derechos fundamentales (arts. 277, numerales 1, 2 y 7, y 282 de la Constitución Política), pueden los jueces de tutela iniciar los de trámites enderezados a establecer si una determinada providencia de tutela ha sido eventualmente desacatada, y ahora bien, en el caso de que la actuación provenga de solicitud de parte, cualquiera de los interesados y no necesariamente todos, integrados en litis consorcio necesario, tiene derecho a promover el incidente y a pedir que se impongan las sanciones que contempla el Decreto 2591 de 1991⁹⁹.

Respecto de la legitimación por pasiva en el trámite del desacato, se analiza la situación presentada en la entidad CAJANAL, la cual ha sido estudiada ampliamente por la Corte Constitucional, y es muy útil para el análisis de los incidentes de desacato en casos complejos, donde se evidencia que el incidente de desacato deberá ser dirigido contra la persona encargada de cumplir el fallo; así se encuentra la posibilidad de adelantar un incidente de desacato contra alguien que no fue vinculado directamente en la acción de tutela, por ejemplo contra el superior jerárquico de aquel, o contra quien sin perder la naturaleza de la entidad o persona jurídica vinculada en la acción de tutela, se tenga certeza de su capacidad de hacer efectiva la sentencia de tutela. Aquí lo importante consiste en garantizar el debido proceso con total integridad, respecto de cada persona a la cual se le inicie el respectivo incidente.

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-766 de 1998. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Una falencia que se observa en los tramites de desacato, corresponde a la participación de las personas jurídicas como sujeto de sanciones, pues de la jurisprudencia se deduce, que los incidentes de desacato solo son dirigidos contra personas naturales, como capaces de soportar la sanción de multa y arresto, sin embargo, es conveniente convertir en un sujeto procesal a la persona jurídica, que asuma su responsabilidad en la misión de hacer efectivas las ordenes de tutela, que por ejemplo en el tema de la salud, es un servicio prestado casi exclusivamente por personas jurídicas.

La Corte Constitucional ha sostenido que no le asiste interés al incidentante en la imposición de sanción, pues como lo sostuvo en la sentencia C-243 de 1996, dijo:

Cuando el juez impone una sanción a una persona por haber incumplido las medidas u órdenes a través de las cuales se amparan los derechos conculcados o amenazados, la respectiva decisión no tiene repercusiones, de hecho o de derecho, en la órbita jurídica del incidentante, en cuanto aquélla ni lo beneficia ni lo perjudica, pues ya ha obtenido a través del fallo de tutela, que conlleva la obligatoriedad de su acatamiento por la correspondiente autoridad pública o el particular, la satisfacción de su pretensión. En otras palabras, la pretensión de quien acciona en tutela se dirige fundamentalmente, según el art. 86 de la Constitución, a obtener una orden judicial que ampare y haga efectivo el goce de un derecho fundamental que ha sido vulnerado o amenazado. Obtenida dicha orden, la pretensión queda satisfecha, y el desacato de aquélla por el obligado, genera una situación de conflicto entre éste y el juez, que merece un tratamiento diferente. En efecto, para hacer prevalecer la vigencia y efectividad de la orden impartida, la seriedad y majestad de la justicia y la obligatoriedad en el acatamiento de las decisiones judiciales, se faculta al juez de tutela para declarar el desacato e imponer las respectivas sanciones; pero obviamente, el interés del accionante, luego de obtenido lo que pretendía, no puede convertirse en un interés personal para que se imponga una sanción. Por lo tanto, no resulta lógico que pueda impugnar la decisión que niega la

existencia del desacato, quien carece de un interés legítimo para hacerlo".

En este contexto, vemos claramente que la legitimación del incidentante se limita a promover el incidente de desacato fundamentado en el incumplimiento de la orden de tutela, y únicamente con la finalidad de hacer efectivo el derecho fundamental vulnerado, pero no convertir este interés, en una persecución para imponer una sanción.

3.7 LA SENTENCIA DE TUTELA EN EL DERECHO A LA SALUD

En términos generales la el fallo de tutela en salud, nace de aplicación de los criterios jurisprudenciales establecidos en por la Corte Constitucional a las acciones de tutela por el derecho a la salud; y como tal se ha constituido en el principal instrumento por medio del cual los colombianos acceden a los servicios de salud que le son negados por parte de las empresas prestadoras de salud. Pues de nada sirve la institución de la acción de tutela, si ella no es resuelta en favor del derecho fundamental a la salud, y consecuentemente de nada sirve esta última sino se convierte en el goce efectivo de este derecho fundamental.

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha insistido en que los fallos de tutela deben ser claros¹⁰⁰ y precisos¹⁰¹, y ello con el fin no solo de garantizar el cumplimiento del respectivo fallo, sino también con el fin de hacer procedente el incidente de desacato, al probar concretamente la negligencia de la persona obligada.

Esta característica de los fallos de tutela en general, se ve un poco distorsionada en el tema de la salud, pues dada la extensión progresiva de este derecho se ha

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-368 de 2005. M.P. Clara Inès Vargas Hernandez.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1113 de 2005. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

arribado a la garantía de atención integral en salud, en aplicación al principio de integralidad. De esta forma se abre la entrada a que se expidan fallos que rayan en la indeterminación, dado que la sentencia de tutela en salud condena a la entidad prestadora de salud, al suministro y garantía de todos los medicamentos, procedimientos quirúrgicos, o citas con especialistas que demanden el tratamiento de determinada enfermedad, que al momento del fallo no son plenamente determinables, y que solo queda sujeto a las futuras prescripciones del médico tratante.

3.8 ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN LOS INCIDENTES DE DESACATO EN SALUD.

Como se dijo atrás, una de las diferencias entre el trámite de cumplimiento al fallo con el incidente de desacato, se refiere al tipo de responsabilidad, pues para el segundo corresponde a una responsabilidad subjetiva, en contraposición a la responsabilidad objetiva del primero.

Es fundamental para el entendimiento del incidente de desacato que siendo este un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela, y el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela¹⁰².

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-512 de 2011 M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

La tesis de la fundamentación de la responsabilidad de desacato deberá incluir necesariamente, los dos elementos de desacato, el objetivo, es decir el incumplimiento de la decisión; y el análisis de la conducta desplegada por el disciplinado tendiente a no cumplir, como factor subjetivo, todo analizado desde la óptica de la orden dada en concreto en la orden de tutela¹⁰³.

Al ser el desacato un ejercicio del poder disciplinario, esta responsabilidad subjetiva, debe devenir de una negligencia comprobada del obligado para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento¹⁰⁴, por todo lo anterior es contrario a derecho imponerse una sanción por desacato sin realizar un análisis sobre la culpabilidad.

De forma introductoria, podemos citar el caso de CAJANAL, donde ante la cantidad de acciones de tutela en su contra, su gerente fue procesado en abundantes incidentes de desacato en todo el país, y se evidenció la imposibilidad de atender y cumplir todas las acciones de tutela, por lo que la Corte Constitucional estableció¹⁰⁵ en el caso de CAJANAL, que cuando existe un problema estructural no cabe el desacato en casos individuales, por ausencia de responsabilidad subjetiva, y concretamente dijo que en situaciones como esa, deben alterarse las reglas que gobierna el trámite de los incidentes de desacato, porque exigir la oportuna intervención de la entidad para justificar la mora como manera de obviar la sanción, desconoce la realidad del problema estructural.

En materia de salud, el análisis sobre la responsabilidad en el incidente de desacato se torna un tanto complejo en comparación con otros derechos, teniendo en cuenta la obvia ausencia de conocimientos médicos que tienen los jueces, además del complejo sistema de salud que opera en Colombia, y principalmente

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-939 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-763 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1234 de 2008. Rodrigo Escobar Gil.

de la polémica fundamentalidad del derecho a la salud, que como todos los derechos fundamentales, su estudio dogmático es alejado de la realidad en la que se desarrolla.

Aunque en la jurisprudencia no se ha diferenciado este tipo de responsabilidad de todas las que se derivan de los incidentes de desacato, analizaremos el tratamiento al tema de los desacatos en salud, sobre el cual observamos que en la práctica, obedece a un tipo de responsabilidad especial y que merece ser estudiado desde una óptica propia, sin ignorar los aspectos generales de la responsabilidad disciplinaria.

Identificamos que el incidente de desacato en la salud, ha sido abordado por la Corte Constitucional desde dos ópticas distintas que dificultan su interpretación. La primera postura la entendemos desde un criterio restrictivo a la aplicación de sanción por desacato en la prestación al servicio de salud, y en ella se propugna por un análisis de fondo sobre la actuación desplegada por la entidad accionada encargada de prestar el servicio de salud requerido, centrándose en los problemas estructurales del sistema de salud.

En el caso de la Sentencia T-485 de 1999, podemos ver como la Corte Constitucional justificó la inaplicación de una sanción en un incidente de desacato a una entidad prestadora de salud, que a pesar de no haber satisfecho la orden de tutela (hacer un trasplante hepático), o mejor no cumplirla en su totalidad, consideró que la entidad había sido acuciosa y diligente en la prestación del servicio de salud requerido, al haber realizado los exámenes y pruebas de viabilidad del trasplante, y haber iniciado un procedimiento ambulatorio eficiente en el manejo de la enfermedad durante los años transcurridos desde la decisión de tutela, y concluyó así que la entidad accionada, en ningún momento se había sustraído su obligación de prestar un servicio médico.

Conforme a lo anterior, y como la misma Corte Constitucional lo reconoció, se profirió una orden en la que se encontraron dos situaciones aparentemente contradictorias: que no hay desacato, pero que tampoco hay cumplimiento pleno del fallo. Lo anterior considerando que esto era posible por cuanto se derivan de dos fuentes jurídicas distintas, las consagradas en los artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, que deben ser interpretadas armónicamente, a fin que produzcan los efectos previstos por el legislador.

La Corte Constitucional, en dicha providencia sostuvo además, que las pretensiones del actor se mueven en el terreno de los derechos prestacionales, toda vez que aunque se discutía un derecho fundamental, el juez de tutela no podía soslayar la propia capacidad de la entidad prestadora del servicio de salud. Pues como lo ha entendido la jurisprudencia, la cobertura, condiciones y eficiencia de la prestación del servicio de salud, necesariamente dependen del desarrollo económico y social del país y por lo mismo la ejecución del derecho a la salud se encuentra sujeto a la disponibilidad de recursos económicos y científicos con los que razonablemente se cuente. Así pues, fuera del ámbito del suministro del mínimo vital del derecho fundamental, la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes públicos o particulares.¹⁰⁶ Esta primera forma de solucionar los incidentes de desacato en salud, puede ser justificada desde una interpretación restrictiva del derecho a la salud, al disminuirle su carácter de fundamental.

La siguiente postura, y considerada vigente, es la aplicada en la justificación a las sanciones por desacato en sentencias de tutela de salud, contraria a la anterior, como podemos verla en la Sentencia T-053 de 2005, en donde la Corte Constitucional dijo:

¹⁰⁶ “Esto significa que el juez de tutela no puede proferir decisiones que desborden la capacidad operativa del Estado, pues su decisión sería inocua, por lo tanto, contraria a la función judicial y al principio de eficacia de la función pública.” CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 645 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

De esta manera, en el caso en concreto, indistintamente que el trámite del incidente de desacato se rehaga respecto del accionante en ésta tutela, lo que si es cierto es que aún persiste en el tiempo un fallo de tutela dictado cerca de seis años atrás, cuyo cumplimiento aún está pendiente. Bajo estas circunstancias, considera la Sala que los argumentos expuestos por el Gerente General del I.S.S., en el sentido de señalar que se desplegaron numerosas gestiones tendientes a cumplir con la sentencia dictada en contra del I.S.S. en el año de 1998, estas, ciertamente no han sido las más adecuadas y eficientes, pues conclusión de ello es que el señor José Darío González, accionante en la tutela que reclamó del Seguro Social una intervención quirúrgica de transplante total de prótesis de rodilla, aún está a la espera de que la misma le sea practicada.

Indudablemente la entidad puede adelantar innumerables actuaciones administrativas y financieras “encaminadas” a la prestación de un servicio de salud o al cumplimiento de un fallo judicial en igual sentido, pero éstas sólo serán válidas y efectivas, cuando la atención médica reclamada o la orden judicial impartida se hayan indudablemente prestado o cumplido. En caso contrario, si toda esta actividad no concluye en la materialización del servicio reclamado o en el cumplimiento del fallo correspondiente, es como si las mismas no se hubieren adelantado en ningún momento.

Innegablemente esta argumentación de la responsabilidad subjetiva en el incidente de desacato se encuentra ligada a otra interpretación del derecho a la salud, con un marcado acento en su fundamentalidad, que además es muy reiterada en la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional¹⁰⁷, y con fundamento en ello, llegamos a la construcción de una justificación de una sanción en el incidente de desacato en tutelas por salud más exigente con los obligados, ya que conlleva un grado más alto de exigencia a las entidades encargadas de la prestación de los servicios en salud en el acatamiento de las sentencias de tutela.

¹⁰⁷ Compilada y expuesta en la Sentencia T-760 de 2008. Expuesta en el Capítulo II.

Desde esta última perspectiva, podemos decir que la sanción por desacato, se deriva del incumplimiento a la orden de tutela, sumada a la inexistencia de razones valederas que justifiquen la no satisfacción de la orden impartida, teniendo en cuenta la importancia del derecho a la salud, como derecho fundamental completo, y de obligatoria satisfacción a todas las personas, es decir entendido desde un nivel de fundamentalidad mas alto.

De todo lo anterior, podemos concluir que la forma de interpretar el derecho a la salud, incide naturalmente en el análisis de la responsabilidad subjetiva en el incidente de desacato en tutelas de salud, pero a la pregunta sobre cuál de las dos interpretaciones corresponde a la que deben aplicar los jueces, debemos responder que deberá ser la segunda, y las razones no deben ser otras a las que se funda en la exigibilidad del derecho fundamental a la salud, conforme a la naturaleza de este derecho que a pesar de ser prestacional es fundamental, y con ello, se subordinan los aspectos como eficiencia financiera, requerimientos y trámites administrativos, y otras circunstancias que se convierten en argumentos poco sólidos en relación con el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, y que a la larga constituyen razones no admisibles, que se convierten en obstáculos para el goce efectivo del derecho fundamental a la protección en salud, además de ser coherente con los instrumentos internacionales, la doctrina, y la actual jurisprudencia constitucional.

3.9 ASPECTOS PROCESALES DEL INCIDENTE DE DESACATO.

Diferentes aspectos procesales y de contenido del incidente de desacato, como los que aquí presentaremos, no han dejado de ser complejos, y han ofrecido varias posibilidades interpretativas, controversias que nacen desde la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional y naturalmente se trasladan a la aplicación de estas herramientas en la tarea de los jueces.

3.9.1 Procedencia del pago de multa y arresto cuando se cumple el fallo después de la expedición del auto que impone sanción en el incidente de desacato pero antes hacer efectiva la sanción. Aquí nos movemos en el estudio del grado de consulta, ejercido por el juez superior, en el caso que ante el incumplimiento al fallo de tutela por prestación de servicio en salud, el juez de tutela impuso sanción por desacato al representante legal de la entidad accionada, y posteriormente, mientras se surtía el grado de consulta, el obligado cumple el fallo de tutela en salud. Podemos preguntarnos, ¿el cumplimiento en estas circunstancias, conlleva la revocatoria de la sanción impuesta, o por el contrario, la sanción debe ser cumplida? La anterior pregunta, ha sido respondida desde ambos extremos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde la diferencia interpretativa al mismo Decreto 2591 surge desde la definición de la finalidad del incidente de desacato; así para la tesis que apoya la imposición de la sanción a pesar del cumplimiento, sostiene que, “Teniendo en cuenta que este incidente tiene como objeto no sólo lograr la efectiva materialización de los derechos fundamentales afectados, sino el de verificar si la persona o autoridad a la cual se le dio la orden de tutela la ha incumplido y establecer si es del caso imponer o no la sanción respectiva¹⁰⁸, la necesaria consecuencia del incumplimiento y demostrada la responsabilidad del sujeto es la imposición de la sanción. Así las cosas, si durante el trámite del incidente y antes de que se decida en forma definitiva, el obligado cumple con lo ordenado por el juez constitucional, no por ello se excluye la posibilidad de aplicar la sanción por desacato¹⁰⁹.”

En la anterior postura vemos la marcada interpretación finalista del incidente de desacato, con una función dual, primera como medio idóneo y necesario para imponer sanciones en caso del incumplimiento al fallo de tutela, y la segunda como medio de lograr el cumplimiento del fallo de tutela; sin embargo esta tesis fue cambiada, por otra que sostiene que la finalidad del incidente únicamente

¹⁰⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-553 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-459 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

comprende el cumplimiento de la sentencia, y no así la imposición de una sanción como finalidad primordial.

En esta segunda tesis la Corte Constitucional ha sostenido que, el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, debe precisarse que la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia¹¹⁰.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional¹¹¹ ha precisado que la imposición o no de una sanción en el curso del incidente de desacato puede llevar a que el accionado se persuada del cumplimiento de la orden de tutela. En tal sentido, en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor.

En este orden de ideas, con la anterior postura de la Corte Constitucional, los jueces que conocen el grado de consulta, sustentarían la revocatoria de una sanción impuesta por el juez de conocimiento de la tutela, máxime si esta interpretación es mas garantista para el procesado, además de ser la más utilizada recientemente, sin dejar de lado toda la discusión que pueda ofrecer esta figura.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-368 de 2005 M.P. Clara Inès Vargas Hernandez.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-421 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3.9.2 Aplicación de las normas procesales civiles en los incidentes de desacato en tutela. Dada la indeterminación legal del trámite de los incidentes de desacatos, este vacío normativo ha sido llenado principalmente acudiendo al Artículo 4 del Decreto 308 de 1992, que preceptúa:

***ARTÍCULO 4º-** De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto.*

(...)

Si bien los principios del Código de Procedimiento Civil son fuente interpretativa del Decreto 2591 de 1991 según el artículo antes citado, cabe la pregunta, ¿el incidente de desacato, debe tramitarse de igual forma que los incidentes del proceso civil, según el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil?.

La Corte Constitucional en sus inicios consideró que las normas procesales civiles tenían aplicación directa a los trámites de acción de tutela, y de esta forma sostener que los desacatos de tutela estaban orientados por las normas del procedimiento civil,¹¹² sin embargo esta postura no es la única existente ni la más reciente, pues esta corporación en otros fallos ha dicho:

No se requiere, por tanto, acudir a otras normas para integrar el trámite a que debe someterse la actuación respectiva, ni siquiera a los principios generales del sistema incidental que regula el Código de Procedimiento Civil, de manera que resulta inoficioso remitirse a otros textos normativos, so pretexto de llenar un vacío, porque, justamente, en este caso la disposición en comento es, como se ha dicho, suficiente o completa, esto es, regula íntegramente la

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-040 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

materia. La sencillez de las fórmulas procesales para el trámite de la acción de tutela, la celeridad, la eficiencia y la eficacia con que ésta debe ser tramitada con miras a hacer efectivos los derechos fundamentales y a asegurar el cumplimiento de los fallos de tutela, que revelan las normas constitucionales y legales que la regulan, en forma integral, hacen innecesario acudir a procesalismos rígidos y extremos pertenecientes a otros estatutos, salvo en circunstancias excepcionales en que se advierta un evidente vacío procesal. Y aún en este caso, las normas procesales a las cuales se acuda para la integración normativa deben estar acordes o ser compatibles con la filosofía propia de dicha acción¹¹³.

De esta manera podemos entender que se abre un distanciamiento del trámite del incidente de desacato utilizando normas procesales civiles, y contrario a ello se promueve un trámite judicial ágil, que no por expedito y sumario descuide el derecho de defensa ni las garantías del debido proceso de aquel de quien se afirma ha incurrido en desacato¹¹⁴; en conclusión, bajo esta tesis el marco normativo que regula el incidente de desacato se refiere al artículo 29 de la Constitución Política.

La anterior discusión puede ser cerrada entendiendo que aunque no es necesario, el incidente de desacato puede ser adelantado bajo los lineamientos del incidente civil, consagrados en el artículo 139 del C. de P. C, pero ello no puede conllevar a que se convierta en un procedimiento riguroso, extendido en el tiempo, y lleno de formalismos que sacrifiquen la naturaleza de la acción de tutela, y se convierta en un obstáculo para el efectivo goce del derecho fundamental vulnerado; por el contrario la tesis que ha de sostenerse está encaminada en que el juez de conocimiento, construya un proceso ágil y rápido, y donde se reabra el debate de la acción de tutela¹¹⁵.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-554 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1113 de 2005. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

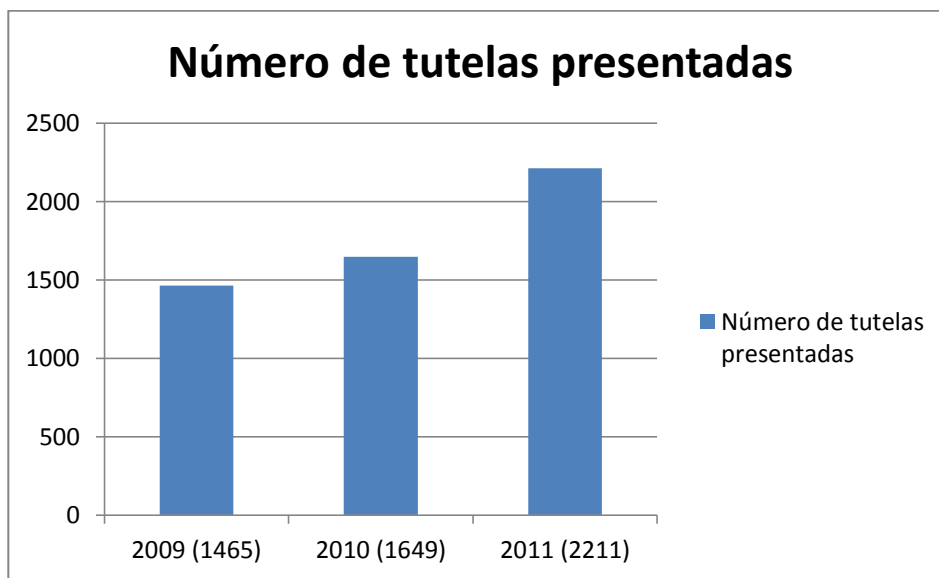
¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

4. ANÁLISIS A LAS HERRAMIENTAS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACCIONES DE TUTELA EN SALUD EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA DURANTE LOS AÑOS 2009 A 2011.

4.1 ANÁLISIS ESTADÍSTICO GENERAL DE LOS AÑOS 2009 A 2011. RELACIÓN ACCIONES DE TUTELA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

Este es el número de Tutelas radicadas durante los años 2009, 2010 y 2011 correspondientes a los Juzgados Civiles Municipales de Cúcuta, respecto a los cuales se evidencian los resultados que se analizaran a continuación.

Figura 1: Número de tutelas presentadas.



Fuente: Autor

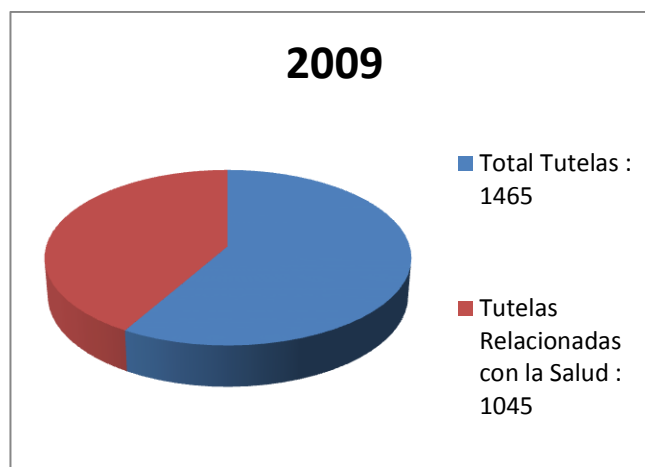
La anterior figura muestra el nivel creciente de peticiones de acciones de tutela presentados ante los Juzgado Civiles Municipales de Cúcuta, donde en el año

2011, las peticiones de tutela se incrementaron casi un 50% en relación con el año 2009, pero igualmente se observa que si bien existió un incremento en el 2010, este fue menor, pues solo representó un crecimiento del 14% con el año anterior. Lo anterior nos muestra que no cabe duda la tendencia creciente que existe en la presentación de esta acción constitucional.

Siguiendo con el objeto de nuestro estudio, es necesario indagar por la relación del derecho a la salud dentro del total de tutelas que fueron presentadas en los respectivos años estudiados, con la finalidad de establecer que tan preponderante es la reclamación de este derecho, en relación con los demás derechos.

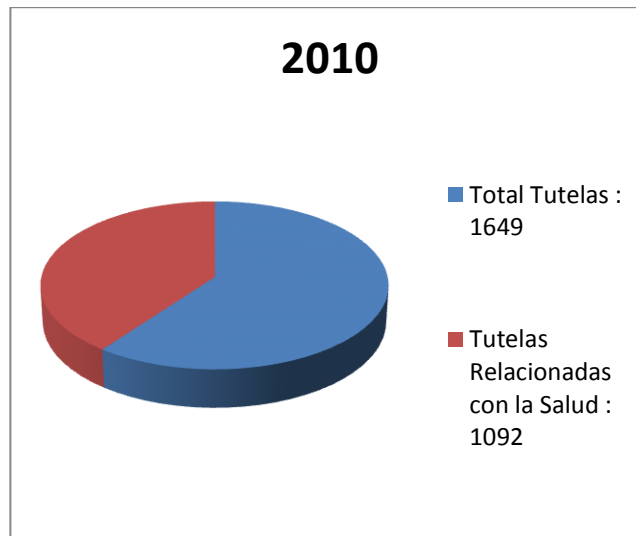
Los resultados evidencian que la acción de tutela es utilizada en más de la mitad de los casos para reclamar el derecho a la salud, en todos los años estudiados.

Figura 2: Tutelas por salud en relación con los demás derechos del año 2009.



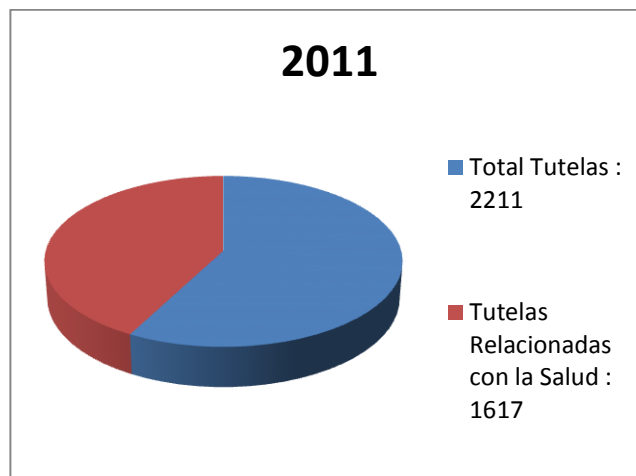
Fuente: Autor

Figura 3: Tutelas por salud en relación con los demás derechos del año 2010.



Fuente: Autor

Figura 4: Tutelas por salud en relación con los demás derechos del año 2010.



Fuente: Autor

Teniendo en cuenta los resultados vistos anteriormente tenemos que el Derecho a la Salud ocupa la mayor atención de los reclamos de los Derechos Fundamentales

por la vía de la acción de Tutela en la ciudad de Cúcuta, respecto de los Juzgados Civiles Municipales.

Los datos indican que de los años estudiados la menor injerencia del derecho a la salud respecto de los demás derechos, fue en el 2010 donde alcanzó una participación del 66.2% dentro del total de las acciones de tutela. Mientras que el año con mayor fue el 2011 donde la participación fue del 73.1%, pero levemente por encima del 2009 que tuvo una participación de 71.3%.

Así las cosas, se está demostrando que el operador judicial de competencia municipal, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, se convirtió un actor mas dentro del sistema de salud, pues no solo porque es quien autoriza que se realice determinado procedimiento según lo prescribiera el médico tratante, sino porque se encuentra investido de la autoridad como administrador de justicia, y por ende se puede sancionar en caso de no garantizarse el derecho a la salud.

Según todo lo anterior es claro entender que las personas acuden cada vez más a la Protección de Derechos Fundamentales por medio de la Acción de Tutela, y pese a que este estudio no indaga por los motivos que llevan a las personas acudir a la Jurisdicción Constitucional, no se puede concluir claramente si esto obedece a una mayor vulneración al Derecho Fundamental a la Salud, o si ello es en razón al aumento del conocimiento de los ciudadanos en la utilización de la Acción de Tutela y a la cercanía de las personas con la administración de Justicia, específicamente con la Acción de Tutela. Lo que efectivamente demuestra es que la Acción de Tutela es el único mecanismo que garantiza plenamente el goce del Derecho Fundamental a la Salud.

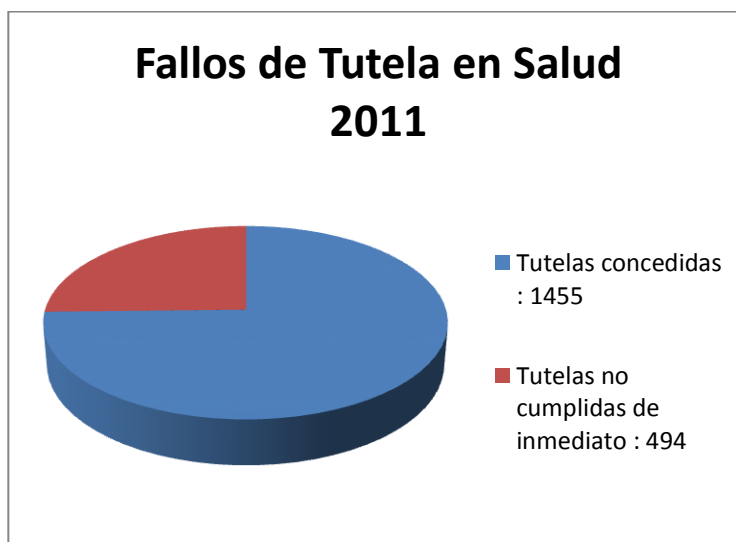
4.2 RELACIÓN DE FALLOS DE TUTELAS CONCEDIENDO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y EL INCUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE TUTELA.

Al realizar el presente análisis se tiene la gran dificultad que los reportes estadísticos de los Juzgados del País no tienen en cuenta el incumplimiento de la orden de Tutela, que puedan generar actuaciones Judiciales Posteriores a la expedición de la Sentencia de Tutela.

En todos los casos analizados, se evidenció que los trámites tendientes para lograr el cumplimiento del fallo de Tutela en Salud son mucho más dispendiosos y/o engorrosos que el mismo trámite de Tutela.

El análisis de los Fallos de Tutela en Salud expedidos en el 2011, sobre los cuales los accionantes reportan incumplimiento en razón a que no son satisfechos inmediatamente notificada la orden, arrojan los siguientes resultados.

Figura 5: Relación de fallos concediendo el Derecho a la Salud y el incumplimiento a la orden.



Fuente: Autor

Conforme a lo anterior, vemos que alrededor de un 34% de los fallos de Tutelas concedidos invocando el Derecho Fundamental a la Salud, requieren de una actuación judicial posterior, ya sea el trámite al cumplimiento del fallo o el inicio a un incidente de desacato, que como se dijo anteriormente conlleva mayor desgaste de las partes y del Despacho que la misma Acción de tutela.

El trámite del incumplimiento de Tutela y el incidente de desacato, no tienen un término específico de duración en su trámite, por lo que en la mayoría de los casos se espera su cumplimiento aunque sea retardado como causal determinación y archivo.

En general, se puede decir que todos estos incumplimientos, obedecen esencialmente a que emitida la orden, ella no es cumplida de forma inmediata, por requerirse tramites administrativos al interior de las empresas prestadoras de salud; actuaciones que en todo caso son surtidos gracias a que media un fallo de tutela que la ordena, que de no ser así, lo mas probable sería que las personas se quedaran esperando un tiempo indeterminado.

Lo anterior muestra la bondad de la acción de tutela en el derecho a la salud, pero al mismo tiempo evidencia lo engorroso para una persona que requiere con urgencia un servicio en salud, pues seguramente debe someterse no solo a la indolencia del propio sistema de salud, sino que además tiene que soportar el trámite judicial de la acción de tutela.

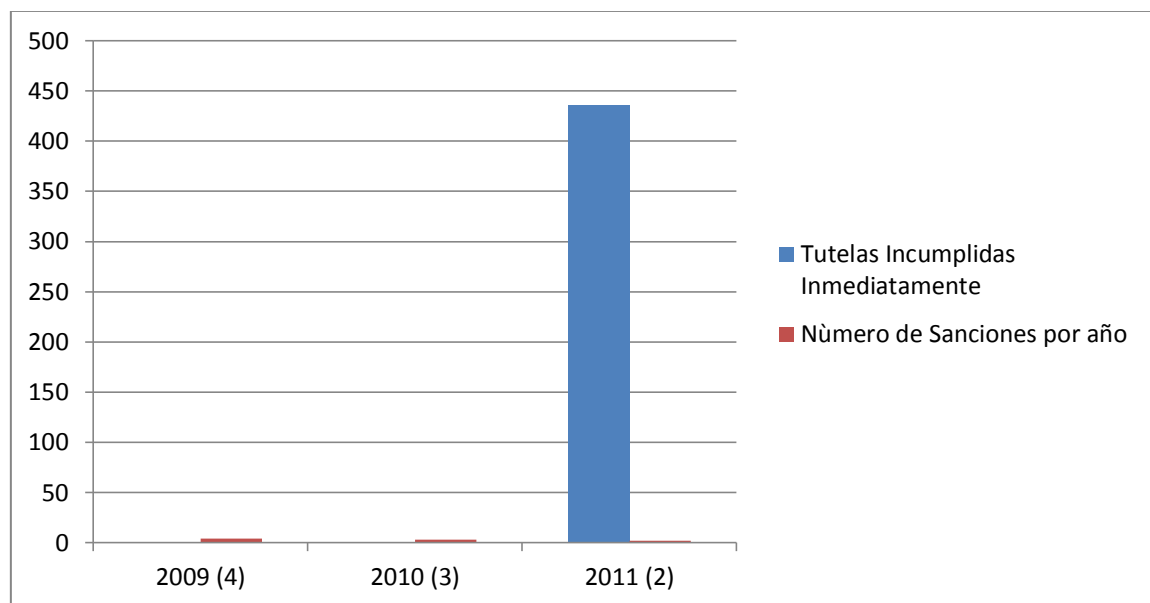
De todas formas, merece la pena analizar el restante 66% de acciones de tutela, sobre las cuales no puede tenerse plena certeza que fueron satisfechas inmediatamente, dado que los resultados aquí estudiados corresponden a las solicitudes de incidentes de desacato presentadas por los accionantes, donde es posible que exista un margen de personas que simplemente esperan la atención

en salud requerida, aunque sea de forma tardía sin poner en conocimiento de la autoridad judicial.

4.3. SANCIONES EN INCIDENTE DE DESACATO EMITIDAS DURANTE AÑOS 2009, 2010 Y 2011 EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA.

El índice de sancionabilidad en el trámite de los incidentes de desacato durante los años 2009, 2010 y 2011 muestran los siguientes resultados:

Figura 6: Número de Sanciones en los incidentes de desacato.



Fuente: Autor

La anterior gráfica muestra la gran desproporción de las sanciones por desacato a los fallos de Tutela en Salud respecto del número de Tutelas y de incidentes de desacatos abiertos.

Claramente se encuentra que baja tasa en sanción implica en una falta de efectividad del incidente de desacato, como herramienta para hacer efectiva la

acción de tutela y la decisión judicial que pone fin al incidente de desacato es postergada hasta el retardo cumplimiento del fallo del Tutela y convertirlo en un motivo para archivar las diligencias y lo tanto exonerar de imponer sanción.

La situación se torna más preocupante si se tiene en cuenta que en el trámite de consulta las sanciones son susceptibles de ser revocadas como se demuestra a continuación, que a pesar del baja cantidad de sanciones, más de la mitad de ellas, que fueran emitidas durante los años 2009, 2010 y 2011 fueron revocadas.

Figura 7: Decisiones de segunda instancia en tramite de consulta a las sanciones por desacato.



Fuente: Autor

4.4 OBSERVACIONES GENERALES A LOS TRÁMITES DE LOS INCIDENTES DE DESACATO EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE CÚCUTA.

No cabe ninguna duda la relevancia del Derecho fundamental a la Salud en las acciones de Tutela tramitadas ante los Juzgados Civiles Municipales de Cúcuta. En ellos se observa la marcada tendencia a ordenar fallos integrales en Salud, que

implican de alguna forma a una homogenización de las acciones de Tutela en Salud.

Los fallos de Tutela en Salud no muestran mayores diferencias entre ellos, por el contrario sin importar el problema de Salud que aqueja al accionante las órdenes de Tutela se encaminan siempre a lo mismo, y teniendo como principal referencia la Jurisprudencia de unificación sentada en el precedente constitucional de la Sentencia T-760 del 2008, con el Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

En esta nueva tendencia de fallos en Salud se ordena a las entidades prestadoras de Salud, el manejo integral a la enfermedad que padezca el accionante, lo que conlleva a la prestación de todos los servicios que se requieran, esto incluye tratamientos, medicamentos, terapias, consulta médica con especialistas, garantía del suministro del transporte en caso que el accionante no pueda sufragarlo por su propia cuenta, y todo lo demás que conlleve a una recuperación integral de la Salud.

Se puede concluir que la expedición del fallo de Tutela en Salud no representa ninguna dificultad interpretativa, tanto del Derecho a la Salud, pues se toma los precedentes constitucionales como fuente normativa; como al análisis de los hechos, pues estos son enmarcados a la verificación de la negativa de la entidad accionada a prestar los servicios de Salud requeridos por el accionante, lo que conlleva a una fallo judicial a favor del tutelante, en la mayoría de los casos.

Estas características en los fallos de Tutela donde se reclaman servicios de salud significan una vigencia indeterminada en el tiempo en donde la vigencia del fallo de Tutela se cumple con las características de una obligación de tracto sucesivo, donde termina bien sea con la muerte del paciente o con la recuperación definitiva de la enfermedad.

Lo anterior significa que el incidente de desacato constituye en la verdadera herramienta garantizadora del acceso a los servicios en salud, pues no solo su efectividad puede ser medida en la cantidad de sanciones impuestas ya que constituye en una intimidación a los obligados en Tutela por motivos de salud que a pesar de tener una obligación indeterminada en el tiempo, en cualquier momento puede abrirse incidente de desacato que puede terminar en una sanción.

Las formas de tramitar las herramientas para obtener el cumplimiento a las acciones de Tutela en Salud difieren en cada Despacho, observándose tendencias más cercanas al procedimiento civil marcadas con un formalismo procesal; y por otro lado otras tendencias menos formalistas donde se recurre a actuaciones no reguladas no previstas en el código de procedimiento civil.

La tendencia procesal civil identifica el incidente de desacato con el incidente procesal civil, establecido en los artículos 139 y siguientes del código de procedimiento civil. Ejemplo de ello es el Juzgado Octavo Civil Municipal que hace aplicación directa de la normas del incidente procesal civil al incidente de desacato de tutela, y no obstante de ello procura surtir un trámite ágil en aras de tomar una decisión lo más rápido posible.

La finalidad de la remisión a la normas del incidente procesal civil no es otra diferente a la de llenar un vacío normativo en el trámite del incidente de desacato, ofreciéndole a las partes y en especial a la parte accionada las garantías procesales necesarias para garantizarle el derecho fundamental al debido proceso.

Particularmente este juzgado entiende que el trámite bajo las normas del incidente procesal civil ayuda a resolver el problema que tienen los jueces en los tramites de desacato de tutela en salud, sumado a que el Decreto 2591 de 1991, no diferencia

la responsabilidad por incumplir una orden de tutela entre un funcionario público y un particular; dado que la norma fue establecida para funcionarios públicos.

Lo anterior no constituiría un problema si no fuera porque los particulares no tienen un superior al cual recurrir en caso de incumplimiento de la orden de tutela, como en el caso de los Gerentes de las E.P.S respecto de los cuales se desconoce la procedencia de vincular a las juntas directivas de las empresas y considerarlas como superiores; pues queda la incertidumbre si ello ocurre en todas las empresas prestadoras de salud, ya que internamente ellas definen su propia organización.

Todo este vacío normativo ha conllevado a que el trámite de cumplimiento de tutela y el incidente de desacato sean utilizados como una especie de burla, jugando con los intereses de los pacientes de la salud.

Por regla general los juzgados objeto de análisis adelantan al mismo tiempo el trámite para el cumplimiento del fallo de tutela y el incidente de desacato sin que se pueda evidenciar diferencias entre ambos, confundiéndolos entre sí, donde el incidente de desacato se vuelve un trámite de cumplimiento, convirtiéndolo más en un medio intimidatorio que en un proceso sancionatorio. Así, ante el informe al incumplimiento de fallo de tutela que presenta el accionante en forma de solicitud de incidente de desacato los juzgados no abren de inmediato el respectivo incidente sino por el contrario requieren a la entidad accionada para que cumpla perentoriamente el fallo, so pena de tomar las medidas necesarias para el cumplimiento del fallo e iniciar formalmente el incidente de desacato. Todo esto se convierte en dilaciones que en últimas conllevaran al cumplimiento de tutela que en algunos casos son cumplimientos tardíos, pero que siempre serán exonerativas de sanción.

Por el lado de la interpretación no arraigada al incidente procesal civil demuestran prácticas diferentes, que se caracterizan por una marcada informalidad y mayor diligencia e inmediación por parte del administrador de justicia. Se puede citar el caso de Juzgado Séptimo Civil Municipal que ante los graves incumplimientos a fallos de tutela que merecen la apertura de un incidente de desacato, ordena citar a las partes interesadas con el fin de practicar una audiencia en la que buscan acuerdo en sus diferencias, la cual no se puede realizar sin la presencia de las partes, y que en todos los casos ha significado el cumplimiento al fallo de la tutela y la satisfacción de los requerimientos del tutelante. Esta práctica procesal ayuda a propiciar el entendimiento directo entre el accionante y el representante legal de la entidad prestadora de salud, y a superar las trabas burocráticas y administrativas que obstaculizan el goce efectivo del derecho fundamental de la salud.

Otro peculiar sistema utilizado en la gestión del trámite de cumplimiento al fallo de tutela y el incidente de desacato, es realizado por el Juzgado Noveno Civil Municipal quien con sus propios recursos tiene una línea celular, por medio de la cual busca la comunicación directa con los representantes legales de las entidades prestadoras de salud y conminar por este medio el cumplimiento inmediato al fallo de tutela a cargo de la entidad prestadora de salud.

4.5 EXPLORACIÓN DE CASOS.

4.5.1 Incidente De Desacato Radicado Número: 54001-40-03-008-2011-00470.

Juzgado que conoció el incidente	Juzgado Octavo Civil Municipal
Entidad accionada	SOLSALUD EPS
Accionante	Alcides Yáñez Pérez

Descripción	No se había practicado procedimiento de radioterapia.
--------------------	---

En el Juzgado Octavo Civil Municipal se promovió acción de tutela por el Sr. Alcides Yáñez Pérez como agente oficioso de su padre, Sr. Luis Ramón Yáñez en contra de SOLSALUD E.P.S S.A, y mediante sentencia del 3 de agosto del 2011 se ordenó: *PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la vida digna del señor LUIS RAMON YAÑEZ, vulnerándolas por la accionada SOLSALUD EPS conforme a las razones expuestas en la parte motiva. SEGUNDO: en consecuencia de lo anterior ordenar a la accionada SOLSALUD EPS S.A, a través de su representante legal EDUARDO ADOLFO COLMENARES PEDREROS, o quien haga sus veces que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación del presente fallo, si a ese momento no lo ha hecho, proceda a expedir la autorización u orden para la realización de los exámenes y procedimientos que se encuentren pendientes dentro del tratamiento prescrito por los médicos tratantes al señor LUIS RAMÓN YAÑEZ, en la patología que lo aqueja, y que en caso de ser remitido el paciente a otra ciudad y de requerir acompañante conforme a criterio médico le suministre viáticos de transporte, hospedaje y alimentación, tanto para el paciente como para el acompañante. TERCERO: disponer que a la accionada SOLSALUD EPS le asiste derecho para ejercitar el recobro ante el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER, por el costo de los servicios NO POS, que deba brindar en cumplimiento del presente fallo.*

El 5 de septiembre del 2011 el accionante presentó solicitud de desacato, a lo cual el juzgado ordenó requerir al Sr. Eduardo Adolfo Colmenares Pedreros como representante legal de la entidad accionada, advirtiéndole la procedencia de la apertura del trámite incidental en el evento del persistir el incumplimiento, a lo cual la entidad accionada guardó silencio.

Ante este silencio el 12 de septiembre de 2011, el Juzgado de conocimiento ordenó la apertura del incidente de desacato, y notificar dicha decisión según los lineamientos del Código Procesal Civil, en sus artículos 315 a 320, es decir de manera personal, y sin embargo el 15 de septiembre del mismo año, el procesado dio contestación al incidente de desacato, a lo cual, el Juzgado entendió como notificación por conducta concluyente. En esta respuesta el incidentado informó que al Sr. Luis Ramón Yáñez se le estaba garantizando el acceso al servicio de salud, por cuanto el día 23 de agosto había asistido a consulta con especialista y tenía orden de radioterapia en la IPS CAL ONCOLÓGICO en la ciudad de Bucaramanga, pero el usuario no aceptó el tratamiento en esa ciudad se encontraba en trámite la elaboración del contrato con la IPS RADIOTERAPIA DEL NORTE con la cual la EPS no tiene vínculo contractual.

El juzgado de primera instancia encontró que pese a que la quimioterapia y radioterapia fueron ordenadas el 23 de septiembre a fecha 13 de octubre las mismas no se habían practicado, y que la EPS aduce estar realizando los trámites para la prestación de dichos servicios, consistentes en el pago del anticipo a la IPS RADIOTERAPIA DEL NORTE, constituían argumentos no válidos para aceptar el incumplimiento al fallo de tutela, sin brindar un servicio oportuno, eficiente y de calidad, y que al transcurrir mas de 20 días sin que la accionada halla dispuesto lo necesario para la prestación del servicio requerido y diciendo textualmente:

(...), no obstante que el trámite que dice estar realizando, como lo es el pago en la modalidad de anticipo, se contrae a un trámite administrativo que no requiere mayor tiempo, mientras que el transcurso de este último si ocasiona consecuencias graves en el deterioro de la salud del paciente¹¹⁶

¹¹⁶ Visto al folio 4 del auto interlocutorio del 13 de octubre del 2011

Lo anterior sirvió para que el juzgado de primera instancia considerara que el representante legal de SOLSALUD EPS incurrió en desacato al fallo de tutela del 3 de agosto del 2011, por lo que fue sancionado con 5 días de arresto y multa de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en providencia del 21 de octubre del 2011.

El Sr. Eduardo Adolfo Colmenares Pedreros, a través de apoderado judicial interpuso acción de tutela contra los juzgados Octavo Civil Municipal y Tercero Civil del Circuito de Cúcuta por imponerle sanción por desacatar el fallo de tutela antes mencionado, pues a consideración del sancionado se le vulneró su derecho al debido proceso por cuanto no fue notificado de forma personal y porque al momento de la sanción no ocupaba el cargo de gerente.

La presente acción de tutela por vía de hecho fue conocida en primera instancia por la Sala Civil Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cúcuta quien en sentencia del 14 de febrero del 2012 concedió la protección constitucional al sancionado, con el argumento que no se dio cabal cumplimiento al artículo 27 del Decreto 2591 DEL 1991, por cuanto se omitió el requerimiento al superior jerárquico del incidentado y por tal motivo consideró el Tribunal que se incurrió en una nulidad desde el momento de abrir el incidente de desacato.

La anterior decisión fue impugnada por el Juez Octavo Civil Municipal, y por tal motivo se surtió la segunda instancia ante la Sala Civil de La Corte Suprema de Justicia donde el fallo de primera instancia fue revocado mediante sentencia del 18 de abril de 2012, en la cual se sostuvo que:

Ahora bien, aunque, al incidentado no se le notificó personalmente el auto que inició la tramitación, el objetivo de dicho procedimiento es que el convocado al incidente se entere de este oportunamente con el fin que pueda ejercer sus derechos de defensa y

contradicción, y si se repara en la actuación surtida, se avizora que el tutelante ejerció tales derechos como se deriva de los escritos que en su representación se allegaron al trámite, solicitando al juez abstenerse de imponer sanciones, de donde deviene que si se incurrió en alguna irregularidad con la omisión denunciada, la saneó el accionante al intervenir en el trámite.

Puestas así las cosas, se observa que el peticionario del amparo, tuvo la oportunidad de actuar en el curso del incidente, en tanto que asumió su defensa y aportó pruebas, y aunque renunció al cargo que ocupaba en la entidad accionada, lo hizo unos días antes del fallo incidental, por lo que es palpable que la acción de tutela para el caso concreto era improcedente.¹¹⁷

Así las cosas la sanción por desacato impuesta por el Juzgado Octavo Civil Municipal y confirmada en consulta por el Juzgado Tercero Civil del Circuito, fue ratificada, y quedó sentado un precedente donde los formalismos procesales, no pueden ser aplicados de una forma estricta en los tramites en los incidentes de desacato y que la renuncia del representante legal no es óbice para exonerarlo de la sanción.

Cabe anotar que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no abarcó el tema referente a la necesidad de acudir al superior jerárquico como requisito obligatorio dentro del trámite del incidente de desacato y al no tratar dicho tema se perdió una oportunidad para diferenciar el trámite al cumplimiento de fallo de tutela con el incidente de desacato, pues el requerimiento al superior jerárquico hace parte de las facultades obligatorias con las que cuenta el juez para hacer efectivo el fallo de tutela, este trámite es diferente al incidente de desacato propiamente dicho. Por lo tanto es necesario determinar si se afecta el debido proceso cuando no se requiere al superior jerárquico en los casos de salud cuando la accionada es una entidad de carácter particular. Se puede entender este silencio de la Sala Civil de

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia expediente 54001-22-13-000-2012-024-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

la Corte Suprema De Justicia, que no constituye nulidad procesal la falta de requerimiento al superior jerárquico cuando se tramita el incidente de desacato ante el gerente de la entidad prestadora de salud, y él se entiende como responsable directo de la orden de tutela impartida.

4.5.2 Incidente De Desacato Radicado Número: 54001-40-03-004-2011-00413

Juzgado que conoció el incidente	Juzgado Cuarto Civil Municipal
Entidad accionada	COOMEVA EPS
Accionante	Astrid Carolina Oliveros
Descripción	No suministro de viáticos para acceder a servicios de salud.

Mediante Sentencia del 13 de julio del 2011 el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta, dispuso tutelar los derechos fundamentales a la salud de la menor Kharol Daniela Estrada Oliveros y por consiguiente ordenó:

SEGUNDO: ORDENAR A COOMEVA EPS QUE, EN EL TERMINO PERENTORIO DE 48 HORAS A PARTIR DE SU NOTIFICACION, disponga y proporcione sin dilaciones, si no la han hecho, los viáticos ordenados por este despacho como medida provisional, como son, pasajes vía aérea ida y vuelta a la ciudad de Bucaramanga, hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y una acompañante, y los que con posterioridad llegare a necesitar, según lo dispongan los galenos tratantes, con motivos de su patología, sin que tenga que acudir en cada caso como ahora a la acción de tutela; así mismo le brinden el tratamiento integral que por su patología requiera la menor acorde con lo que dispongan los galenos.

El día 4 de julio del 2012, se presentó incidente de desacato al anterior fallo de tutela promovido por la Sra. Astrid Carolina Oliveros Jácome, aduciendo que COOMEVA EPS no había dado cumplimiento al fallo de tutela.

Mediante auto del 9 de julio del 2012 el juzgado de primera instancia, en cumplimiento del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, requirió a la entidad accionada en cabeza de su representante y su gerente general como superior jerárquico, para que informara en el término de 48 horas porque razón no se había dado cumplimiento a la sentencia de tutela.

La entidad accionada justifico su incumplimiento en que los viáticos fueron ordenados a la ciudad de Bucaramanga, y que la misma accionante solicitó que remitieran la paciente a la ciudad de Medellín porque allí contaban con un familiar que les podía suministrar hospedaje y alimentación, y que COOMEVA solo sufragaba los pasajes. Conforme a ello la entidad remitió la paciente a la ciudad de Medellín.

Conocida esta respuesta por la incidentalista, está afirmó que inicialmente tenía un familiar en Medellín que le facilitaba su estadía, pero que este familiar ya no se encontraba allí, por lo que ya no cuenta con ayuda para sufragar la manutención y hospedaje en esta ciudad, por ello requiere que COOMEVA EPS asuma los costos de hospedaje y alimentación.

Esta petición fue rehusada por la entidad accionada, en el trámite del incidente de desacato; pues se ratificó en que solo suministraba los pasajes. Posición que fue utilizada por el juzgado de primera instancia para imponer sanción por desacato teniendo en cuenta que:

(...); luego era y es obligación de la EPS COOMEVA suministrar en cumplimiento a lo ordenado en el fallo, los pasajes ida y vuelta a dicha ciudad y los correspondientes viáticos para hospedaje y alimentación; el hecho de que inicialmente haya asumido estos costos, no significa que la entidad se exonere de esta responsabilidad, máxime cuando la tutelante ya no cuenta con los medios para seguir costeándolos como fue su voluntad inicial, lo cierto es que la menor requiere que le sigan prestando los servicios

asistenciales y de control, en la ciudad de Medellín tal y como fue aceptado y autorizado por la EPS y por ende, esta debe suministrarle los medios para su traslado, hospedaje y alimentación, como lo hizo hasta el 4 de febrero de 2012, sin que pueda pretenderse que su voluntad de sufragar inicialmente estos costos constituyan una negociación o renuncia a tales derechos; por el contrario; entiende este despacho que la accionante de buena fe, al asumir inicialmente estos costos, minimizando la carga a la entidad, y procurando el tratamiento adecuado de la compleja patología que su menor hija requiere y solo en Medellín se lo vienen proporcionando con resultados positivos, lo cual es aceptado por COOMEVA EPS; de hecho, no advierte este operador judicial cual es la diferencia entre otorgarle el hospedaje y la alimentación en Medellín o en Bucaramanga.¹¹⁸

De esta manera se consideró que la interrupción en el suministro de los viáticos de manera completa en el presente caso, constituyó un claro incumplimiento a las obligaciones impuestas en el fallo de tutela, poniendo en riesgo la integridad de la menor, y por estos motivos se impuso la sanción consistente en multa por cinco salarios mínimos legales mensuales y arresto por el termino de cinco días.

El trámite de consulta se surtió ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito Cúcuta, el cual revocó la sanción impuesta con fundamento en que el representante legal de la entidad accionada cuando fue notificado del auto sancionatorio allegó el 3 de septiembre de 2012 memorial manifestando que no obstante se desconoció que la accionante ya no tenía familia en la ciudad de Medellín, y por ello no se habían generado las ordenes de suministro de gastos de estadía y alojamiento, pero dada la orden sancionatoria se entregaron las ordenes de viáticos para la menor conjunto con una acompañante para acudir a la cita médica programada.

Consideró el despacho del circuito que aunque de forma tardía se había dado cumplimiento a la sentencia de tutela, ello era motivo suficiente para revocar el

^{118 118} Visto al folio 4 del auto interlocutorio del 30 de agosto de 2012.

auto consultado, sin embargo advierte que dicha pieza jurídica se ajusta a derecho y está basada en argumentos sólidos pero que en el presente caso se ha configurado un hecho superado, susceptible de revocar la sanción impuesta.

En el presente caso se aprecia las incongruencias denunciadas en el presente trabajo, referentes a la procedencia de la imposición de la sanción por desacato ante el incumplimiento tardío. Así mismo como de cierta manera se juega con el incidente de desacato y en último momento se cumple la orden impuesta con el único fin de evitar la sanción, pero sin considerar las necesidades de los pacientes en orden a obtener de forma rápida el acceso a servicio de salud.

En el caso aquí estudiado, COOMEVA EPS siempre tuvo a su alcance la posibilidad de suministrar los viáticos requeridos por la accionante, prueba de ello es que nunca se discutió alguna imposibilidad o circunstancia fuera del alcance de la EPS, que impidiera contra su voluntad el acatamiento de la orden de tutela. Por el contrario bastó la orden sancionatoria para que de forma inmediata se haya suministrado los viáticos requeridos.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha expuesto las principales controversias que se debaten actualmente o que fueron debatidas y ya han sido superadas, respecto de todos los temas que fueron abordados en el presente estudio jurídico.

Como es natural suponer, la mirada al tema de la salud que se hace aquí corresponde solamente al punto de vista jurídico, sin embargo, el trabajo presentado abre la posibilidad para hacer una investigación interdisciplinaria donde se puedan articular desde todos los puntos de vista, las controversias que se desenvuelven en el desarrollo del derecho a la salud.

Poco sirve que los juristas construyan un elevado y una gran conceptualización del derecho a la salud, si este no es aplicado en todos los campos científicos que intervienen en el sistema de salud, como por ejemplo, el campo de administración en salud, la ciencia médica, y la hacienda pública.

Lo anterior muestra, que el derecho hoy en día se debe estudiar en su relación con otras ciencias, no como una ciencia aislada y autónoma como fue estudiado en el siglo XX, pues hoy existen ciencias que al igual que el derecho definen nuestro modo de vida, como lo es la economía y la medicina.

Si bien es cierto, constituye un gran avance social la existencia de un marco normativo en salud, aunque sea desarrolla desde el jurisprudencia constitucional; y que a él pueden acudir las personas necesitadas en salud, no es menos cierto que la efectividad de este derecho debería construirse desde una base social y democrática, donde los resultados sean no los mejores para unos pocos, sino lo justo para todos.

Este marco normativo jurisprudencial ha tratado de llenar todos los vacíos e indeterminaciones respecto al derecho a la salud, no se irriga en todas las instituciones políticas, que funcionan como rueda suelta, y la respuesta a esta problemática no puede venir exclusivamente de la Corte Constitucional.

El punto anterior, demuestra la importancia de la construcción de los derechos desde la participación de todos los actores políticos dado que Colombia goza de un sistema general de salud preponderadamente derivado de los jueces y no nace desde los mecanismos de participación ciudadana con la intervención de toda la sociedad.

Conforme a lo dicho anteriormente, la sociedad colombiana no ha sido capaz de definirse a sí misma, el derecho a la salud, con las inconveniencias de haber sido definido únicamente por los jueces.

Por otro lado, el incidente de desacato evidenció, grandes vacíos del legislador que no se llenaron de forma pacífica por la Corte Constitucional y respecto de los cuales actualmente no hay claridad jurídica en su interpretación y otros, sobre los que hay cambios jurisprudenciales sin definir concretamente las soluciones; los afectan naturalmente la actividad a la que están enfrentados los jueces de la República.

Estos vacíos y ambigüedades interpretativas refleja que los mecanismos para ser efectivos los fallos de tutela, se encuentran relegados a un segundo plano y no han merecido la mayor importancia en el desarrollo de la acción de tutela. Por ejemplo, la Corte Constitucional no revisa los incidentes de desacato, y los que ha conocido ha sido porque se utilizó la acción de tutela contra acción de tutela dentro del trámite del incidente. Por tal razón, principalmente la Corte Constitucional es quien ha regulado el incidente de desacato atendiendo casos

particulares, y solucionando casos concretos, dejando por fuera todos los aspectos que no constituyen debate al interior del caso planteado.

Según todo lo anterior, se puede concluir que no tenemos una regulación clara en torno al incidente de desacato y al trámite de cumplimiento en torno a las tutelas por salud, y este panorama demuestra que debe regularse no solo las herramientas para obtener el cumplimiento a los fallos de tutela, sino la misma exigibilidad del derecho a la salud, donde en los casos difíciles las personas únicamente obtienen el acceso por la vía judicial.

Se ha mostrado que desde la misma Corte Constitucional se ha promovido una desnaturalización del incidente de desacato, restándole el valor sancionatorio a cambio de otorgarle funciones de cumplimiento, lo que representa cada vez la ineffectividad de este trámite incidente.

Igualmente, la poca claridad normativa ha repercutido en que se confunda el trámite de cumplimiento con el incidente de desacato, falencia que tiene nefastas consecuencias en el derecho a la salud, el cual por lo general se requiere de forma perentoria.

El vacío evidenciado en la interpretación del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, ha promovido principalmente la ineffectividad del desacato, pues los jueces no conocen realmente las competencias atribuidas en el citado artículo, y ante ello prefieren aguardar a la realización del cumplimiento del fallo para archivar las diligencias de desacato.

En la actividad desplegada por los jueces, no es claramente determinable la eficacia de las actuaciones desarrolladas en virtud del artículo 27 y las desarrolladas en las competencias del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. De tal forma, que los jueces municipales no tienen reglas fijas a seguir, y por tal

motivo se halló un arraigamiento a las normas procesales civiles que conllevaron a la introducción de rigorismos y formalismos procesales a la actuación en la tutela, y sabiamente que incidieron necesariamente en la baja sancionabilidad de los incidentes de desacato.

Es tan grande este vacío que la misma Corte Constitucional, no garantizó el cumplimiento a su propia sentencia T-760 de 2008, que como lo expuso en el auto A-346 de 2010, no existía un procedimiento para garantizar el cumplimiento a las órdenes de carácter general, absteniéndose de realizar trámites para lograr el cumplimiento de su sentencia.

Es claro que en la sanción por desacato, existe una dualidad de principios rectores que deben enfrentarse, por un lado la informalidad propia de la acción de tutela, y por otro lado, la formalidad propia del derecho sancionador, que certeramente se encuentran a cada orilla del debate y de opuestos intereses, pero lo grave del asunto, no es el choque en sí mismo, sino la poca operatividad, y certeza jurídica existente en su aplicación, pues de la teoría se puede decir que, la sanción por desacato debe ser aplicada únicamente teniendo como referente el debido proceso, pero la práctica ha mostrado todo lo contrario, que se recurre cada vez a formalismos procesales traídos del ordenamiento civil, para convertir al incidente de desacato en algo más tedioso y complejo que la misma acción de tutela de la cual se deriva.

En la medida que el incidente de desacato y el trámite del cumplimiento de tutela sea débil, se permite que los prestadores de salud, jueguen con ello a su favor, de forma que pueden retardar y omitir el cumplimiento inmediato a lo largo del tiempo.

En este orden de ideas, se tiene todo un panorama por descubrir, y todo un debate por desarrollar, el cual se debe realizar de forma consensual con la participación de todas las ciencias que tienen que ver con el derecho a la salud, y

el derecho puede ser la ciencia convergente para desarrollar este debate y así normativizar el derecho a la salud, más allá de adoptar mediante decretos las ordenes de la Corte Constitucional.

Una solución viable y jurídicamente acorde con lo expuesto en este trabajo, podría consistir en tramitar la etapa probatoria, de alegatos y toma de la decisión, en una audiencia oral y concentrada. Entonces el incidente de desacato se presentaría por escrito, se admite, y dicho auto se notifica y se le corre traslado a la parte obligada, por el término de tres días, para que ejerza su derecho de defensa y solicite las pruebas que estime necesarias. Realizado la anterior etapa escritural, el Juez al vencimiento del término de traslado fija fecha para la práctica de las pruebas y toma de decisión, en el séptimo día hábil siguiente; en dicha audiencia una vez escuchadas los alegatos de las partes, se toma la respectiva decisión ya sea absteniéndose de imponerla, o imponiéndola, caso en el cual se remite para surtir el grado de consulta.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS Christian. Los derechos Sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta. Madrid. 2002.

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Esp. Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, Legis Editores, Colombia 2005.

ARRAZOLA, María del Rosario. Quién le teme a la Tutela. Bogotá, Revista Cambio 16, No. 003 de Junio de 1993.

BERNAL, Pulido Carlos. Estructura y límites de la ponderación. Doxa 26, 2003.

BOBBIO. Norberto Teoría General del Derecho. Bogotá. Temis 2006, segunda edición.

BOBBIO, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en Ídem., *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Temis, Bogotá.

CEPEDA Espinosa, Manuel José. La Tutela: un cambio que produce más cambios. Bogotá, Revista Cambio, No. 568 de mayo de 2004.

CEPEDA Espinosa, Manuel José. Polémicas Constitucionales. Editorial Legis, Bogotá. 2007

CHINCHILLA, Tulio Elí. ¿qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Temis. Bogotá. 1999.

CIFUENTES M. Eduardo, La Eficacia De Los Derechos Fundamentales Frente a Particulares. México. UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998.

CORREA Henao, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la Acción de Tutela. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Ibañez, 2009, tercera edición.

Defensoría del Pueblo. La tutela y el derecho a la salud: causas de la tutela en salud. Bogotá. Defensoría del pueblo, 2011.

FERRAJOLI Luigi, Sobre los derechos Fundamentales. Traducción de Miguel Carbonell. Revista Cuestiones Constitucionales Num. 15 julio-diciembre 2006. Universidad Autónoma de México.

GARCIA Villegas, Mauricio, No solo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in) cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia, *Revista de Economía Institucional*, Vol. 6 nº 010, pp. 95-134 (2004).

GRANADOS FERREIRA. Jackeline. Definición de la regla hermenéutica en la inaplicación de la norma del plan obligatorio en salud por parte de los jueces de Bucaramanga para la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida fundamentados en la excepción de inconstitucionalidad. Editorial UIS, Bucaramanga, 2011.

HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro, trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerad Vilar Roca, Ed. Paidós, Barcelona et al 1999.

HABERMAS, Jürgen, Faktizität und Geltung, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.

HERNANDEZ Marín, Rafael. Las Obligaciones Básicas de los Jueces. Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Ed. Trotta, Madrid 1998. Pág. 189

JULIO Estrada, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

LONDOÑO de la Cuesta. Juan Luis; FRENK, Julio. Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. 1997.

LONDOÑO HOYOS, Fernando. «*La economía en la constitución de 1991*». 137 Revista Javeriana. Bogotá. 2001.

LONDOÑO Toro, Beatriz. Eficacia del Incidente de Desacato. Estudio de caso, Bogotá, Colombia (2007). Bogotá. Revista Vniversitas. Vol. 118, p. 161-187, 2009.

LÓPEZ Daza, Germán Alfonso. El Incidente de Desacato en las Sentencias de Tutela de los Jueces de Bogotá Medellín, Cali y Neiva (2007 – 2008). Neiva. Editorial Universidad Surcolombiana, 2009.

MEJÍA Quintana, Oscar, Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho: Legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. Bogotá. Temis 2005.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, La protección judicial de los derechos sociales. Quito, 2009.

MONROY Cabra, Marco Gerardo. La acción de tutela y la educación: desacato y consecuencias punitivas. Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá). -- Vol. 88, no. 569-570 (Dic. 1995).

OROZCO Africano, Julio Mario. Caracterización del mercado del aseguramiento en el Régimen Contributivo en Colombia. Cartagena. 2006.

PALACIOS Lleras, Andrés. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como un mecanismo de control constitucional a la actividad económica y los límites del constitucionalismo contemporáneo. Contexto: Revista de derecho y economía (Bogotá) . -- no. 29 (Sep./Dic. 2009).

PALACIO Palacio, Jorge Iván. Ponencia sobre Derecho A La Seguridad Social En Salud.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DERECHO%20A%20LA%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20EN%20SALUD.PHP>

QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. Cuarta Edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2010.

RAWLS, Jhon. A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971 (trad. Esp. : Teoría de la Justicia, por María Dolores Gonzalez, 2da edición, Fondo de Cultura Económica, México 1995).

RAWLS, Jhon. Political Liberalism, New York 1993, (trad. Esp.: Liberalismo político, por Antonio Doménech, Critica, Barcelona 1996)

RINCON Ardila, Zoraida. El derecho a la salud en sede de tutela: balance y perspectivas de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. Bogotá. Universidad Católica de Colombia, 2009.

REY, Guanter, Salvador del. El derecho a la protección de la salud: Notas sobre se entramado Constitucional. En *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 6, (1998).

RÚA Castaño, JhonReyman, La Tutela Judicial Efectiva. Bogotá. Leyer 2002.

UPRIMNY, Rodrigo, El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización Doctrinal, en *Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp) Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, 2001.*

VON Hayek, Federich. Derecho, Legislación y Libertad. En el Espejismo de la Justicia Social, Madrid, 1979, Vol. 2.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena 30 de octubre de 1978. M.P. Luis Carlos SÁCHICA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena 12 de marzo de 1987. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena 19 de octubre de 1989. M.P. Jaime

Saín Grefftein y Jairo E. Duque Pérez.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 11 de julio de 1969. M.P. Carlos Portocarrero Mutis.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-002 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406/92 M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-414 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-452-1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-484 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-491 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia, T-571/92 M.P. Jaime Sanín Jrereiffenstein.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 43 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T -288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-040 de 1996. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-500 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-554 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 645 de 1996. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-111 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-470/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero;

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-475 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-555 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-225/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-289 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-329 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-343 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-729 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-763 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-766 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-579 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1020 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1328 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-188 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-553 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán

Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1083 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-421 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-458 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-459 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-519 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra;

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-719/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1158 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL Auto de Sala Plena del 17 de febrero de 2004 expediente de tutela T-373655, correspondiente a la Sentencia SU-1185 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 0045 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-203 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-689 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-792 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-925 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-368 de 2005. M.P. Clara Inès Vargas Hernandez.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-530 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-939 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernandez.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-934 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1113 de 2005. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL Auto A008 de 2006. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-355 de 2006

CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 256-07. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 480 de 2007. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-811 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-151 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1234 de 2008. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-171 de 2009 M.P. Alejandro Martínez Caballero

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-123 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-512 de 2011 M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

ANEXOS

Anexo A. Sentencia Corte Suprema de Justicia Proceso 54001-22-13-000-2012-00024-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente
ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Bogotá D.C., dieciocho de abril de dos mil doce

Discutido y aprobado en sesión de dieciocho de abril de dos mil doce.

Ref. exp.: 54001-22-13-000-2012-00024-01

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido el catorce de febrero de dos mil doce por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión



En el libelo introductorio de la presente acción, el ciudadano Eduardo Adolfo Colmenares Pedreros, a través de apoderado judicial, solicitó el amparo de su derecho fundamental al debido proceso que considera vulnerado por los Juzgados Octavo Civil Municipal y Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, al decidir imponerle sanciones por desacato a un fallo de tutela.

En consecuencia, pretende que se declare la nulidad del trámite surtido, a partir de la referida providencia. [Folio 22]

B. Los hechos

1. El señor Alcides Yañez Pérez, actuando en calidad de agente oficioso de su progenitor Luis Ramón Yañez, presentó solicitud de amparo en contra de Solsalud EPS, que concluyó con sentencia proferida por el juzgado municipal accionado, el cual ordenó a la entidad autorizar los exámenes y valoraciones requeridas por el agenciado y de ser necesario su traslado a otra ciudad, suministrarle los viáticos. [Folio 84 vuelto]

2. Ante el incumplimiento de la orden, el accionante promovió incidente de desacato, en virtud del cual, mediante providencia de 5 de septiembre de 2011, se requirió a la entidad accionada, a través de su representante legal, con el fin de que cumpliera lo ordenado en la sentencia de tutela. [Folio 9 anexos]

3. La incidentada no contestó el requerimiento, razón por la cual en auto de 12 de septiembre de 2011, el juez abrió a trámite el incidente de desacato incoado. [Folio 12 anexos]



4. El 15 de septiembre de 2011, la accionada, a través de apoderado judicial, solicitó negar el incidente y en consecuencia exonerarla de responsabilidad. [Folio 21 anexos]

5. En consecuencia, el juzgado requirió nuevamente a la EPS mediante oficio recibido el 6 de octubre de 2011, y ante su silencio, el 13 de octubre del mismo año sancionó a su representante legal, por desacato. [Folio 47 anexos]

6. Tras ser consultada la anterior sanción, fue confirmada por el Juez Tercero Civil del Circuito, el 21 de octubre de 2011. [Folio 96]

7. El sancionado promovió la presente acción de tutela por considerar que la sanción impuesta vulneró su debido proceso, porque no se le notificó en forma personal el auto que dio apertura al trámite incidental, y al momento de proferir la decisión sancionatoria no ocupaba el cargo de gerente de la prestadora de servicios, por lo que no podía cumplir el fallo de tutela.

C. El trámite de la primera instancia

1. El 28 de noviembre de 2011 se admitió la acción y se vinculó al Gerente Nacional Administrativo y Financiero de la EPS Solsalud, ordenándose el traslado a todos los interesados para que ejercieran su derecho de defensa [Folio 70].

2. El Juez Octavo Civil Municipal expresó que no se vulneró el derecho constitucional del accionante, por cuanto la sanción impuesta es consecuencia de la conducta que asumió frente a la orden de tutela. [Folio 85 vuelto].

A su turno, el Juzgado de la consulta se limitó a aportar copia del fallo. [Folio 96].



3. En sentencia de 14 de febrero de 2012, el Tribunal concedió la protección constitucional, con fundamento en que no se dio cabal cumplimiento a lo ordenado por el artículo 27 inciso 2º del Decreto 2591 de 1991, es decir, se omitió el requerimiento al superior jerárquico del incidentado, por lo cual se incurrió en una nulidad, la que declaró a partir del auto que ordenó abrir el incidente de desacato contra el accionante. [Folio 148].

4. Por hallarse en desacuerdo con la decisión, el Juez Octavo Civil Municipal de Cúcuta, la impugnó.

II. CONSIDERACIONES

1. Como ha sido sostenido por la jurisprudencia, por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, sólo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacar tales decisiones cuando con ellas se causa vulneración a los derechos fundamentales de los asociados.

2. De igual modo, ha reiterado esta Sala la impertinencia del amparo constitucional para atacar decisiones proferidas dentro de un incidente de desacato, toda vez que en esos trámites *“no se considera procedente ningún otro instrumento diferente de reestudio, incluida como es natural la acción de tutela, porque se convertiría en un mecanismo llamado a minar las determinaciones tomadas en desarrollo de un trámite de indiscutido raigambre constitucional”*¹¹⁹.

¹¹⁹ Sentencia de 29 de noviembre 2006, exp. 01927-01



Sin embargo, también se ha establecido, que de manera excepcional es procedente este mecanismo, cuando en la tramitación se ha desconocido de manera flagrante la garantía constitucional al debido proceso de los intervinientes. Así, se ha dicho que procede: *"(...) 'en aquellos casos excepcionales, en que se invoca ausencia de notificación del accionado, una vez éste hubiera agotado en el interior del incidente de desacato esta misma situación'.*

"Y es que como es apenas lógico, tal como lo sostiene la doctrina constitucional, dentro del trámite del incidente de desacato debe garantizarse el derecho fundamental al debido proceso.

"... en el evento en que durante el curso del incidente se advierta desconocimiento del derecho al debido proceso y como consecuencia de ello se constituya una vía de hecho, es perfectamente admisible que quien considere vulnerado su derecho acuda a la acción de tutela en procura de obtener protección constitucional. Será el juez de tutela, entonces, el que entre a valorar si en el caso concreto se configuran los presupuestos para la procedencia de la acción contra providencias judiciales y si se configura o no una vía de hecho. (...)"¹²⁰.

La mencionada consideración, encuentra sustento en la prerrogativa de todos los asociados a ser juzgados según las reglas preestablecidas, y con la oportunidad de intervenir en el trámite, defenderse, y aportar las pruebas tendientes a edificar la correspondiente defensa.

No está investida de legalidad una decisión judicial proferida a espaldas de los interesados, y producto de un procedimiento que no pudieron conocer y, por ende, controvertir mediante los mecanismos creados para el efecto.

¹²⁰ Sentencia de 8 de febrero de 2008 exp. 00344-01, reiterado en sentencia de 3 de marzo de 2010, exp. 2010-00082-01.



En tal entendido, y pese a que el desacato debe adelantarse de manera expedita, es necesario garantizar en el mismo los derechos de las partes, por lo que resulta indispensable que el juez comunique al accionado su iniciación; le de oportunidad de que explique su retraso en el cumplimiento de la orden, o que acredite su acatamiento; practique las pruebas que se soliciten y sean necesarias para tomar la decisión; y le notifique la misma a los interesados.

3. En el caso objeto de estudio, el accionante pretende se ampare su derecho al debido proceso, porque en su sentir, no le fue notificado personalmente el auto que inició el incidente de desacato en su contra y además no se tuvo en cuenta que mediante escritura pública No. 3176 de 6 de octubre de 2011, delegó funciones a otra persona, quien es el actual encargado de dar cumplimiento a la tutela.

En el fallo que se revisa por vía de impugnación, el Tribunal motivó su decisión de amparar los derechos fundamentales del actor, por cuanto el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta, no dio cumplimiento a lo ordenado en el inciso 2º del Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, es decir, omitió notificar al superior jerárquico del incidentado, que para el caso, era el Presidente de la Junta Directiva de Solsalud EPS.

Resulta claro, a partir del examen del acervo probatorio recopilado en el expediente, que en la actuación acusada conforme a la excepcionalidad que soporta el asunto sometido a estudio, no se evidencia que se haya presentado la situación que haría procedente el examen del tema debatido, cual es, la ausencia de notificación del accionado, en el interior del incidente de desacato.



En efecto, se observa que el señor Eduardo Adolfo Colmenares, Representante Legal de la entidad accionada, a quien se ordenó dar cumplimiento al fallo de tutela, fue requerido el 5 de septiembre 2011, con el fin de que le diera cumplimiento a la decisión proferida, y al no obtener respuesta alguna, el juez accionado dio apertura al trámite incidental.

Ahora bien, aunque, al incidentado no se le notificó personalmente el auto que inició la tramitación, el objetivo de dicho procedimiento es que el convocado al incidente se entere de este oportunamente con el fin que pueda ejercer sus derechos de defensa y contradicción, y si se repara en la actuación surtida, se avizora que el tutelante ejerció tales derechos como se deriva de los escritos que en su representación se allegaron al trámite, solicitando al juez abstenerse de imponer sanciones, de donde deviene que si se incurrió en alguna irregularidad con la omisión denunciada, la saneó el accionante al intervenir en el trámite.

Puestas así las cosas, se observa que el peticionario del amparo, tuvo la oportunidad de actuar en el curso del incidente, en tanto que asumió su defensa y aportó pruebas, y aunque renunció al cargo que ocupaba en la entidad accionada, lo hizo unos días antes del fallo incidental, por lo que es palpable que la acción de tutela para el caso concreto era improcedente.

4. Las razones que se han dejado consignadas se estiman suficientes para concluir que el Tribunal se equivocó al estudiar el asunto sometido a su consideración, pues no se advierte la ausencia de notificación del incidentado, excepcionalidad que le diere la facultad de revisar las decisiones del juez constitucional en el ámbito del incidente de desacato, las cuales por regla general no pueden ser objeto de reproches o censura a través de una nueva acción de



tutela, circunstancia que impone revocar la sentencia proferida en primera instancia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de fecha y precedencia señaladas, y en su lugar, **NIEGA** el amparo constitucional invocado.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados; y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

MARGARITA CABELLO BLANCO

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Anexo B. Primera Instancia Proceso 54001-4003-004-2011-00413-00



JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL

San José de Cúcuta, treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012)

Se encuentra al despacho el presente incidente de desacato al fallo de tutela proferida dentro del radicado bajo el número 2011-413 seguida por ASTRID CAROLINA OLIVEROS en representación de su hija KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS en contra de COOMEVA EPS, para resolver lo pertinente.

El día 04 de julio del año 2012 el señor ASTRID CAROLINA OLIVEROS presenta incidente de desacato, aduciendo que la entidad no ha cumplido el fallo de tutela.

ANTECEDENTES

La señora ASTRIS CAROLINA OLIVROS instauró acción de tutela contra COOMEVA EPS, aduciendo que su hija es menor de edad y que COOMEVA EPS no ha cumplido a cabalidad el fallo de tutela proferido por este despacho en relación con los pasajes ya que ellos han tenido que sufragar dichos gastos y la EPS no realizado el reembolso.

Este despacho judicial, después de evacuar el trámite de ley, dispuso en sentencia de fecha 13 de julio del año 2011 tutelar a la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS en sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida de la menor. Y como consecuencia de ello, se ordena a COOMEVA para que en el término de 48 horas contadas disponga y proporcione sin dilaciones, si no lo han hecho, los viáticos ordenados por este despacho como medida provisional, como son pasajes vía aérea ida y vuelta a la ciudad de Bucaramanga, hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y un acompañante y los que con posterioridad llegare a necesitar, según lo dispongan los galenos tratantes, con motivo de su patología, sin que tenga que acudir en cada caso como ahora a la acción de tutela, así mismo le brinden el tratamiento integral que por su patología requiera la menor acorde con lo que dispongan los galenos; fallo que fue debidamente notificado a las partes procesales.

El día 04 de julio del año 2012 la señora ASTRID CAROLINA OLIVEROS JACOME presentó incidente de desacato a dicho fallo de tutela, aduciendo que la entidad demandada no dio cumplimiento.

Este despacho mediante auto de fecha 09 de julio de 2012, dispuso el requerimiento previo de que trata el artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991, para que la entidad accionada en el término de 48 horas informara a este despacho del por que no ha dado cumplimiento al fallo de tutela, para lo cual se libró los oficios número 3212 y 3211 del 9 de julio de 2011, con destino al encargado del cumplimiento del fallo y su superior jerárquico (gerente general de la entidad), siendo recibidos el 10 de julio del mismo año. El día 18 de julio del presente año, la entidad tutelada informó que no ha incumplido el fallo porque éste ordenaba que los servicios fueron autorizados en la ciudad de Bucaramanga sin embargo la señora ASTRID CAROLINA OLIVEROS JACOME a través de oficio de fecha 30 de agosto de 2011 les solicito que remitieran a la paciente a la ciudad de Medellín que allí contaban con un familiar y contaban con hospedaje y alimentación; que la propuesta era que si remitían a la paciente a Medellín ellos solo sufragaban los pasajes de la menor y un acompañante y ella asumía hospedaje y alimentación; que conforme a ello COOMEVA

procedió de esta manera y remitió a la paciente a la ciudad de Medellín las veces que ha sido necesario, sufragando los pasajes de ida y regreso para el paciente y un acompañante.

Mediante auto de fecha 23 de julio se corre traslado de dicha respuesta por tres días al accionante, quien manifiesta que la entidad previamente autorizó los 2 últimos viajes a la ciudad de Medellín, reconociendo tiquetes aéreos, hospedaje y manutención; una desde el 07-11 de 2011 hasta el 08-12 de 2011 y el otro desde el 22-01-2012 hasta el 01-04-2012 y anexa los soportes respectivos (folios), donde efectivamente COOMEVA EPS le autoriza y proporciona tales viáticos.

Aduce la incidentalista que, inicialmente tuvo el familiar que le facilitaba su estadía, pero que por motivos de viajes, este ya no se encuentra en la ciudad y ya no cuenta con su ayuda y no cuenta con la capacidad de sufragar la manutención y el hospedaje en la ciudad de Medellín por lo que solicita que COOMEVA EPS le autorice lo solicitado.

Mediante auto del 03 de agosto del presente año este despacho dispuso abrir el incidente de desacato, el cual le fue notificado al representante legal de la entidad demandada mediante oficio 3648 del 14 de agosto. Siendo recibido el 21 de agosto, quien en ejercicio de su derecho de defensa, con escrito del 28 de agosto se ratifica de su respuesta inicial, en el sentido de que nunca ha incumplido el fallo de tutela, porque en él se ordena el otorgamiento de pasajes, hospedaje y alimentación es a la ciudad de Bucaramanga y que fue por la propuesta de la accionante en el sentido de que se remitiera a la menor a la ciudad de Medellín y ella asumiría los costos de hospedaje y alimentación, quedando de cargo de la entidad únicamente los pasajes.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

El fallo de tutela no solamente goza de la fuerza vinculante propia de toda decisión judicial sino que, en cuanto encuentra sustento directo en la Carta Política y por estar consagrada aquella de modo específico para la guarda de los derechos fundamentales de rango constitucional, reclama la aplicación urgente e integral de lo ordenado, comprometiendo, a partir de su notificación, la responsabilidad del sujeto pasivo del mandato judicial, quien está obligado a su cumplimiento so pena de las sanciones previstas en la ley.

Para la efectividad de los derechos fundamentales y con miras a la real vigencia de la Constitución, resulta esencial que las sentencias de tutela sean ejecutadas de manera fiel e inmediata, lo que exige el mayor rigor por parte de los organismos estatales competentes en la aplicación de las sanciones que merezca quien desatienda las órdenes judiciales impartidas por medio de ellas. De la estricta observancia de la normatividad correspondiente depende la realización de los fines primordiales del orden jurídico y del Estado Social de Derecho. Ello es todavía más claro, dada la jerarquía del órgano y la función de control superior y unificación de jurisprudencia que le compete, cuando el amparo ha sido concedido por la Corte Constitucional, cuyos fallos son obligatorios e ineludibles y no pueden ser desconocidos, demorados ni tergiversados por los llamados a acatarlos.

El incumplimiento del fallo de tutela no sólo representa falta disciplinaria y desacato sino que puede configurar conductas punibles como fraude a resolución judicial y prevaricato por omisión.

La Corte Constitucional no vacila en afirmar que el incumplimiento de los fallos de tutela tiene que ser sancionado drásticamente y de manera oportuna, pues de lo contrario resulta inútil la institución.

Es al juzgador de primera instancia, a quien corresponde adoptar las medidas de control e imponer las sanciones pertinentes y, mantener la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

El legislador dispuso en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 que "Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumpla su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza".

Además, el mismo legislador estableció en el artículo 52 del mentado estatuto que, "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 el trámite incidental y será **consultada** al superior jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo".

Como se puede observar, los fallos de tutela no pueden ser incumplidos, y como quiera que los operadores judiciales sólo están sometidos al imperio de la ley, conforme lo dispone el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, por ende a su cumplimiento debe estarse.

CASO CONCRETO

El caso puesto a consideración, consiste en determinar si efectivamente las razones esgrimidas por la entidad accionada en cuanto a que dio cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, son suficientes para exonerarse de las sanciones y terminar con el archivo del presente incidente, o si por el contrario, el hecho de negarse a la accionante el suministro de los gastos de hospedaje y alimentación en la ciudad de Medellín para la menor y su acompañante, constituye desacato al fallo y por ende hay lugar a la imposición de las sanciones pertinentes.

Al efecto, volviendo los ojos a lo ordenado expresamente en la sentencia, se tiene que, en su numeral segundo reza:

"SEGUNDO: ORDENAR A COOMEVA EPS QUE, EN EL TÉRMINO PRETENTORIO DE 48 HORAS A PARTIR DE SU NOTIFICACIÓN, disponga y proporcione sin dilaciones, si no lo han hecho, los viáticos ordenados por este despacho como medida provisional, como son, pasajes vía aérea ida y vuelta a la ciudad de Bucaramanga, hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y un acompañante, y los que con posterioridad llegare a necesitar, según lo dispongan los galenos tratantes, con motivo de su patología, sin que tenga que acudir en cada caso como ahora a la acción de tutela; así mismo le brinden el tratamiento integral que por su patología requiera la menor acorde con lo que dispongan los galenos."

Conforme con lo anterior, para dilucidar el asunto podemos decir que, es cierto que se ordenó proporcionar los pasajes vía aérea ida y vuelta a la ciudad de Bucaramanga, así como el hospedaje y alimentación para la menor y su acompañante, tal como lo aduce la

y confirmada y adicionada en segunda instancia mediante fallo de fecha 22 de agosto del mismo año, dentro del trámite de la acción de tutela radicada bajo el número 2011- 0413 seguida por ASTRID CAROLINA OLIVEROS JACOME en representación de su menor hija KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONSECUENCIALMENTE DE LO ANTERIOR, imponer las siguientes sanciones: a) Como sanción pecuniaria en contra de la entidad COOMEVA EPS, al pago de la suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes para el presente año, que deberá consignar en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de este auto, la cual se producirá con la notificación de la decisión que adopte el superior en el trámite de la consulta, a ordenes de la Administración Judicial cuenta N° 540019196002 Administración Judicial cuenta Coactiva en el Banco Agrario. B) Decretar el arresto por el término de cinco (05) días a la representante legal de la entidad accionada, doctora NEIDY PATRICIA CARVAJAL DOMINGUEZ, con cédula de ciudadanía N° 63.487.224 de Bucaramanga, en su calidad de Gerente representante legal Zona Nororiental de COOMEVA EPS, responsable del cumplimiento del fallo, para lo cual se librará la correspondiente orden de retención y de encarcelación ante las autoridades competentes. C) Ordenar compulsar copias de todo lo actuado ante la Fiscalía General de la Nación para que se adelante la investigación correspondiente a que haya lugar a la mencionada representante legal; **sin perjuicio de persistir su obligación de cumplir lo ordenado en el citado fallo**, que en este caso se repite, se contrae al suministro además de los pasajes ida y vuelta, los gastos de hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y su acompañante, en la ciudad de Medellín, suministro que obviamente debe darse oportunamente a fin de evitar que la menor pierda las fechas previstas para sus controles y procedimientos a que deba ser sometida.

TERCERO: En firme la decisión adoptada en el ordinal anterior, se solicitará al Comando de la Policía Nacional de Cúcuta, la colaboración del caso para hacer efectiva la sanción de arresto impuesta, en esas instalaciones;

CUARTO: No acceder a ordenar el reembolso de dineros por lo anotado en la parte motiva.

QUINTO : ORDENAR la consulta de la presente decisión ante el inmediato superior, esto es, ante el señor Juez Séptimo Civil del Circuito de la ciudad, quien conoció de la acción de tutela en segunda instancia; para tal efecto remítase el expediente.

SEXTO : Notifíquese el presente auto a las partes procesales por el medio más expedito.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ISMAEL HERNANDEZ DIAZ

JUEZ.



RAD: 2011- 00413

accionada; pero también es cierto que, a renglón seguido se ordena: "y los que con posterioridad llegare a necesitar, según lo dispongan los galenos tratantes, con motivo de su patología"; así mismo se ordena brindarle el tratamiento integral que por su patología requiriese la menor.

De suerte que, considera este despacho que no es de recibo la justificación esgrimida por la accionada, en la medida en que si la menor está siendo tratada por los especialistas en la ciudad de Medellín y la entidad ha venido proporcionando debida y plausiblemente los servicios, cubriendo los gastos de hospedaje y alimentación a la menor y su acompañante, tal como se evidencia de los 79, 80 y 81, no existe razón alguna para que ahora intempestivamente se sorprenda a la accionante con la negación de tales viáticos.

Independientemente de que en el fallo se hubiese mencionado a la ciudad de Bucaramanga, la entidad está obligada conforme se dijo en la sentencia, a proporcionar el tratamiento integral, bien sea en esta ciudad o donde se le proporcione el servicio y atención adecuados; en el caso concreto se le vienen prestando los servicios en la ciudad de Medellín, donde en palabras de la petente su menor hija ha tenido mejoría; luego era y es obligación de la EPS COOMEVA suministrar en cumplimiento a lo ordenado en el fallo, los pasajes ida y vuelta a dicha ciudad y los correspondientes viáticos para hospedaje y alimentación; el hecho de que inicialmente la accionante haya asumido estos costos, no significa que la entidad se exonere de esta responsabilidad, máxime cuando la tutelante ya no cuenta con los medios para seguir costéándolos como fue su voluntad inicial; lo cierto es que, la menor requiere que le sigan prestando los servicios asistenciales y de control en la ciudad de Medellín tal como fue aceptado y autorizado por la EPS y por ende, esta debe suministrarle los medios para su traslado, hospedaje y alimentación, como lo hizo hasta el 04 de febrero de 2012 (folio 81), sin que pueda pretenderse que su voluntad de sufragar inicialmente estos costos constituya una negociación o renuncia a tales derechos; por el contrario; entiende este despacho que la accionante obró de buena fe al asumir inicialmente estos costos, minimizando la carga a la entidad y procurando el tratamiento adecuado de la compleja patología que su menor hija requiere y que sólo en Medellín se lo vienen proporcionando con resultados positivos, lo cual es aceptado por COOMEVA EPS; de hecho, no advierte este operador judicial, cual es la diferencia entre otorgarle el hospedaje y la alimentación en Medellín o en Bucaramanga.

En este orden de ideas, la interrupción por parte de la EPS en el suministro de los viáticos para hospedaje y alimentación de la accionante y su menor hija (paciente), constituye un claro incumplimiento de sus obligaciones impuestas en el fallo de tutela, poniendo en riesgo la integridad de la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS, cuyo estado de salud es delicado; por consiguiente, obligado resulta concluir con la imposición de las sanciones señaladas en este proveído, como así se dispondrá en la resolutive de esta decisión, pero previo a su ejecución deberá remitirse la actuación al superior para el trámite de la consulta respectiva; no sobra recordar, que la imposición de las sanciones, no exime a la entidad de su obligación de cumplir el fallo de tutela que en este caso se repite, se contrae al suministro además de los pasajes ida y vuelta, los gastos de hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y su acompañante, en la ciudad de Medellín, suministro que obviamente debe darse oportunamente a fin de evitar que la menor pierda las fechas previstas para sus controles y procedimientos a que deba ser sometida.

En cuanto al reembolso de dineros a que hace referencia el accionante, no hay lugar a disponerlo, por ser improcedente en el presente incidente.

Por lo expuesto, el Juzgado **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR que la entidad demandada COOMEVA EPS incurrió en desacato al fallo de tutela de fecha 13 de julio de 2011, proferido por este despacho judicial

JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL
Cúcuta, Veintidos(22) de Octubre de dos mil
Doce (2012).

Dentro de la Acción de Tutela instaurada por la señora **SORAYA RAMIREZ CABELLOS** en representación del señor **EDMUNDO MARTINEZ SARMIENTO**, contra **LA EPS- SALUDCOOP**, **SE ORDENÒ inicialmente como medida** provisional mediante auto de fecha 28 de Septiembre de 2012, a la EPS SALUDCOOP, de manera Inmediata y sin dilación alguna el traslado del paciente a un centro mèdico de nivel IV bien sea en la Ciudad de Bogotá o en otra ciudad del país con el fin de que obtenga el manejo por las especialidades que requiera. Así mismo para que garantice el traslado en avión ambulancia tal como lo ordenò el mèdico tratante del paciente y un acompañante.

Posteriormente mediante Sentencia de fecha 8 de Octubre de 2012, se ratificò lo ordenado en la medida provisional.

Ante el presunto incumplimiento a lo ordenado no solo en la medida provisional sino igualmente en la Sentencia la parte actora presentò escrito contentivo de Incidente de Desacato y solicita se le imponga a la entidad accionada las sanciones establecidas en el Decreto 2591 de 1991.

El despacho dispuso con auto de fecha 11 de octubre de 2012 **ABRIR INCIDENTE DE DESACATO**, teniendo en cuenta que la entidad accionada había sido requerida previamente a iniciar el tràmite incidental mediante los oficios de fecha 28 de Septiembre de 2012 y 3 de Octubre de 2012, librados dentro de la acción de tutela tramitada, (ver folios 5 y 6 del presente cuaderno), y posteriormente al notificarse la Sentencia con Oficio de fecha 9 de Octubre de 2012, se ratificò la medida provisional (ver folio 28).

Dentro de la oportunidad legal la parte accionada **SALUDCOOP EPS**, manifestó al despacho que el señor EDMUNDO MARTINEZ SARMIENTO identificado con la C.C. 13247693, se encuentra afiliado al SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO a través de **SALUDCOOP EPS**, quien presenta SINDROME HEPATORRENAL, TIPO 2, HPERTENSION PORTAL, CIRROSIS HEPATICA, PSORIASIS, a quien según esa entidad se le han brindado los tratamientos requeridos sin que exista hasta la fecha negación de servicio alguno.

En la actualidad se encuentra hospitalizado en la CLINICA LA SALLE, y requiere de VALORACION DE IV NIVEL con especialidad de

HEPATOLOGIA, GASTROENTEROLOGIA y NEFROLOGIA, por no contar con esa especialidad en la ciudad, se requiere su traslado.

Que SALUDCOOP EPS, se encuentra realizando diariamente solicitudes con diferentes clínicas del país, pero no ha sido posible su remisión debido a que las diferentes instituciones a las que se contactado para la remisión del paciente no han aceptado el paciente.

Que una vez, la IPS de IV nivel acepte el traslado del paciente se procederá a realizar el traslado en forma efectiva.

Puestas así las cosas, en esta instancia procesal, se traslada a decidir lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

EL artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 que reglamento la acción de tutela prescribe:

" 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(6) meses y multa 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 y será consultable al Superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres(3) días siguientes se debe revocarse la sanción".

Con relación a este trámite la Corte Constitucional ha señalado:

" El Desacato consiste en una conducta que, mirada objetivamente por el Juez, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido, desde el punto de vista subjetivo, la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, en cabeza de la persona a quienes esté dirigido el mandato judicial, lo que significa que estos deben gozar de la oportunidad de defenderse dentro del incidente y deben gozar de todas las garantías procesales".

El concepto de Desacato, por otra parte se puede leer en la norma transcrita, alude de manera genérica a cualquier modalidad de incumplimiento de órdenes proferidas por los jueces con base en el Decreto 2591 de 1991, de lo cual resulta que no solamente puede configurarse a partir de la desatención, burla o incumplimiento de los dispuesto en el fallo de tutela sino también la desobediencia a otras decisiones adoptadas por el Juez en el Curso del proceso, como por ejemplo las que ordenan la práctica de pruebas, la remisión de los documentos etc..." (Sentencia T-766 Dic. 9 de 1998 M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

De igual manera el máximo órgano constitucional al referirse sobre la Institución del Incidente de Desacato, indicó:

" Así las cosas, en caso de Incumplimiento de una Sentencia de Tutela, el afectado tiene la posibilidad de lograr su cumplimiento mediante un Incidente de Desacato, dentro del Cual el Juez debe establecer objetivamente que el fallo o la Sentencia de Tutela no se ha cumplido, o se ha cumplido de manera meramente parcial, o se ha tergiversado, En consecuencia, debe proceder a imponer a sanción que corresponda, con el fin, como se ha dicho, de restaurar el orden constitucional quebrantado. Ese es el objeto del procedimiento incidental, por ello no se puede volver sobre juicios o valoraciones hechas dentro del proceso de tutela, pues ello implicaría revivir un proceso concluido afectando de esa manera la institución de la cosa juzgada."

" La finalidad del incidente de Desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la Sentencia. ".

Como lo enseña el anterior pasaje jurisprudencial el debate en este interregno se centra única y exclusivamente a determinar si la entidad tutelada ha cumplido por lo resuelto en el fallo de tutela ya consignado.

Procede el despacho desde esta instancia a valorar las pruebas oportuna y legalmente allegadas a este trámite conforme a la sana crítica, art. 187 del C. de P.C.-

Si revisamos el escrito de réplica al presente trámite incidental y las pruebas allegadas del contenido de las mismas no se desprende que la entidad SALUDCOOP EPS, no ha cumplimiento al traslado del paciente a una IPS DE IV NIVEL para que recibe la atención médica que requiere, pese a múltiples requerimientos efectuados por el Juzgado como consta a los folios 5,6 y 24 del presente cuaderno, máxime cuando el traslado del paciente se ordenó como medida provisional mediante auto de fecha 28 de Septiembre de 2012 y comunicada ese mismo día con oficio 2822, sin que hasta la fecha haya dado cumplimiento a la medida provisional la cual fue ratificada en la Sentencia y comunicada con nuestro Oficio No. 3037 del pasado 9 de Octubre(ver folio28).

Así las cosas, al no haberse acreditado el cumplimiento de lo ordenado en la medida provisional y en la misma sentencia, al despacho no le queda otro camino que dar aplicación al art. 174 del C. de P.C., imponiendo la sanción correspondiente señalada en el Decreto 2591 de 1991 art. 52.

Por lo expuesto el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cúcuta,

RESUELVE:

1º. DECLARAR que la **EPS SALUDCOOP**, representada legalmente por JAVIER ANDRES CORREA QUICENO, o quien haga sus veces, no ha dado cumplimiento a la orden de Tutela, emitida como medida provisional y ratificada en la Sentencia de fecha 8 de Octubre de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

2º. IMPONER a la INCIDENTADA SALUDCOO EPS, representada por JAVIER ANDRES CORREA QUICENO o quien haga sus veces, sanción consistente en multa de Cinco(5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual deberá ser consignada a través del Banco Agrario de Colombia S.A., Cuenta No. 3-0070-000030-4 denominada DTN multas y cauciones efectivas Consejo Superior de la Judicatura, dentro de los diez(10) días siguientes a la ejecución de esta decisión. Imponer al representante legal de la **EPS SALUDCOOP, JAVIER ANDRES CORREA QUICENO, en su condición de Gerente Regional de SALUDCOOP EPS**, pena de cinco(5) días de arresto en un sitio digno.

3º. REMITIR copia del presente proveído y de lo actuado a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, a fin de que determine la posible conducta de fraude a resolución Judicial en que haya podido incurrir el representante legal de la EPS SALUDCOOP-JAVIER ANDRES CORREA QUICENO.

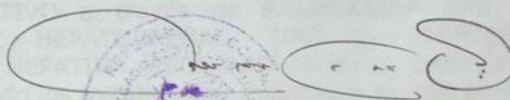
4º. Una vez ejecutoriado el presente proveído, oficiar al señor COMADANTE DE LA POLICIA NACIONAL DE NORTE DE SANTANDER, para que cumpla la orden de arresto al representante legal de la EPS SALUDCOOP, en un lugar adecuado, comunicando tal acto al Juzgado.

5º. Advertir a la entidad accionada que está en la obligación de dar cumplimiento a la Sentencia de tutela, proferida por este despacho el día 8 de Octubre de 2012.

6º. CONSULTAR esta decisión ante el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO REPARTO DE LA CIUDAD.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La Juez,


MARTHA JUDITH FLORIAN VASQUEZ.
JUEZ
NORTE DE SANTANDER

Anexo C. Segunda Instancia - Proceso 54001-4003-004-2011-00413-02

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Cúcuta – Norte de Santander

Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta

Doce (12) de Septiembre de dos mil doce (2012)

REF: CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO dentro de la ACCION DE TUTELA incoada por la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS, agenciada por la señora ASTRID CAROLINA OLIVEROS JÁCOME, en contra de COOMEVA E.P.S.

Radicado: 54001-4003-004-2011-00413-02

Procede el Despacho al estudio en Consulta de la decisión proferida en el incidente de desacato de la referencia, por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta, adiado 30 de Agosto de 2012, en la cual decidió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que la entidad demandada COOMEVA EPS incurrió en desacato al fallo de tutela de fecha 13 de julio de 2011, proferido por este despacho judicial y confirmada y adicionada en segunda instancia mediante fallo de fecha 22 de agosto del mismo año, dentro del trámite de la acción de tutela radicada bajo el número 2011-0413 seguida por ASTRID CAROLINA OLIVEROS JÁCOME, en representación de su menor hija KHAROL DANIEKLA ESTRADA OLIVEROS, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONSECUENCIALMENTE DE LO ANTERIOR, imponer las siguientes sanciones: a) Como sanción pecuniaria en contra de la entidad COOMEVA EPS, al pago de la suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes para el presente año, que deberá consignar en el termino de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de este auto, la cual se producirá con la notificación de la decisión que adopte el superior en el trámite de la consulta, a ordenes de la Administración judicial cuenta No. 540019196002 Administración Judicial cuenta coactiva en el Banco Agrario. B) Decretar el arresto por el termino de cinco (05) días de la representante legal de la entidad accionada, doctora NEIDY PATRICIA CARVAJAL DOMINGUEZ, con cedula de ciudadanía No. 63.487.224 de Bucaramanga, en su calidad de gerente representante legal Zona Nororiente de COOMEVA EPS, responsable del cumplimiento del fallo, para lo cual se librará la correspondiente orden de retención y de encarcelación ante las autoridades competentes. C) Ordenar comoulsar copias de todo lo actuado ante la Fiscalía General de la Nación para que se adelante la investigación correspondiente a que haya lugar a la mencionada representante legal; sin perjuicio de persistir su obligación de cumplir lo ordenado en el citado fallo, que en este caso se repite, se contrae al suministro además de los pasajes ida y vuelta, los gastos de hospedaje y alimentación

para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y su acompañante, en la ciudad de Medellín, suministro que obviamente debe darse oportunamente a fin de evitar que la menor pierda las fechas previstas para sus controles y procedimientos a que deba ser sometida.

(...)

QUINTO: ORDENAR la consulta de la presente decisión ante el inmediato superior, esto es, ante el señor juez Séptimo Civil del Circuito de la ciudad, quien conoció de la acción de tutela en segunda instancia; para tal efecto remítase el expediente.

(...)"

Como se dijo anteriormente, dentro del mismo proveído en su numeral QUINTO y por orden legal, fue ordenada la Consulta de la decisión sancionatoria, pieza procesal que se entra a estudiar por parte de este Despacho, pues es conocido que el Decreto 2591 de 1991, en sus artículos 27, 52 y 53, trata del incumplimiento de los fallos de tutela, estableciendo la competencia al Juez que ha conocido la Acción de Tutela en primera instancia, para hacer cumplir la sentencia y adoptar las medidas para el cabal cumplimiento del fallo.

Así mismo, el trámite a seguir es el incidental contenido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, y en caso de sanción debe ser consultada al superior jerárquico para que éste decida lo pertinente dentro de los tres días siguientes.

El Señor Juez de primera instancia ordenó remitir el expediente a este Despacho judicial como era lo propio, en razón a que fue el mismo quien decidió la impugnación que en contra de la sentencia de tutela de primera instancia, propuso la entidad demandada COOMEVA EPS, para decidir en consulta la providencia sancionatoria.

El incidente de desacato es un procedimiento especial por medio del cual se busca la efectividad al amparo para prevenir el cabal cumplimiento del fallo y sancionar al responsable del incumplimiento, toda vez que se quiere dar prioridad y efectividad al derecho tutelado, no solo ordenando a la autoridad su cumplimiento, sino también vigilando que este se haga efectivo.

Para poder establecer si se produjo o no el DESACATO, es menester analizar en la acción de tutela cuyo desacato se reclama y confrontarlo con la prueba legalmente arimada al "incidente". La orden contenida en la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta el 13 de Julio de 2011, la cual fue adicionada en segunda mediante sentencia de fecha 22 de Agosto de 2011, es de meridiana claridad cuando en la parte resolutive expresa:

"SEGUNDO: ORDENAR A COOMEVA EPS QUE EN EL TERMINO PERENTORIO DE 48 HORAS A PARTIR DE SU NOTIFICACIÓN, disponga y proporcione sin dilaciones, si no lo ha hecho, los viáticos ordenados por este despacho como medida provisional, como son, pasajes vía aérea ida y vuelta a la ciudad de Bucaramanga, hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y un acompañante, y los que con posterioridad llegare a necesitar, según lo lo dispongan los galenos tratantes, con motivo de su patología, sin que tenga que acudir en cada caso como ahora a la acción de tutela; así mismo le brinden el tratamiento integral que por su patología requiera la menor acorde con lo que dispongan los galenos"

Como ya se anotó, dicha sentencia, ante la impugnación propuesta por COOMEVA E.P.S., fue adicionada en segunda instancia, y mediante providencia de fecha 22 de Agosto de 2012 se dispuso:

"SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo en el sentido de AUTORIZAR a la entidad COOMEVA EPS para que efectúe el recobro ante el FOSYGA por el tratamiento integral que le suministre a la menor actora, en relación con la patología que hoy presenta la menor KHAROL DANIELA ESTRADA, en todo lo NO POS, en el quantum que señale la ley."

Mediante auto del 09 de Julio de 2012 el Juzgado de la sede de primera instancia CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE CÚCUTA, teniendo en cuenta lo manifestado por la accionante dentro de la acción de tutela instaurada contra COOMEVA EPS, antes de iniciar el Incidente de Desacato solicitado ordenó "...requerir al ente accionado, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, siguientes al recibo de la comunicación, librada para el efecto, de cumplimiento al fallo proferido dentro de esta acción de tutela, concretamente al numeral segundo que dice: SEGUNDO: ORDENAR A COOMEVA EPS QUE EN EL TERMINO PERENTORIO DE 48 HORAS A PARTIR DE SU NOTIFICACIÓN, disponga y proporcione sin dilaciones, si no lo ha hecho, los viáticos ordenados por este despacho como medida provisional, como son, pasajes vía aérea ida y vuelta a la ciudad de Bucaramanga, hospedaje y alimentación para la menor KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS y un acompañante, y los que con posterioridad llegare a necesitar, según lo lo dispongan los galenos tratantes, con motivo de su patología, sin que tenga que acudir en cada caso como ahora a la acción de tutela; así mismo le brinden el tratamiento integral que por su patología requiera la menor acorde con lo que dispongan los galenos." Oficiese y anéxese copia del escrito de solicitud de incidente de desacato."

Librado el correspondiente oficio, la entidad requerida se pronunció manifestando que "...Como su fallo lo ordena, a la paciente debemos sufragar los gastos correspondientes a la ciudad de Bucaramanga, sin embargo la señora ASTRID CAROLINA OLIVEROS JÁCOME, madre de la menor a través de un oficio de fecha 30 de agosto de 2011, nos solicitó que remitiéramos a la paciente a la ciudad de Medellín, ya que allá contaba con un familiar donde se podría hospedar y y contar con la alimentación. Entonces la propuesta era que si

remitíamos a la paciente a la ciudad de Medellín COOMEVA EPS solo sufragaría lo correspondiente a los gastos del transporte para el paciente y su acompañante, y los gastos de alimentación y hospedaje ellos los asumirían.

Conforme a lo anterior COOMEVA EPS procedió de esta manera y remitió a la paciente a la ciudad de Medellín las veces que ha sido necesario, sufragando los pasajes ida y regreso para la paciente y un acompañante.

Con sorpresa ahora observamos que la madre de la menor interpone un incidente de desacato alegando que COOMEVA EPS no le ha cubierto los gastos de alojamiento y hospedaje para la ciudad de Medellín, cuando ella misma fue la que propuso a través de su escrito del cual le adjunto una copia en dos (2) folios útiles que ellos lo asumirían bajo la condición de que trasladáramos los servicios a la ciudad de Medellín, cuando realmente no estábamos obligados, pues los servicios fueron ordenados y autorizados para la ciudad de Bucaramanga y el fallo mismo lo ordena para esta ciudad y no la de Medellín.

Así las cosas y como se puede deducir no se puede considerar que COOMEVA EPS ha faltado al cumplimiento de lo ordenado, pues simplemente hemos acatado la voluntad de las partes las cuales al final son los que interponen la tutela."

Para probar lo anterior, allega copia de la comunicación que la accionante radicó en esa entidad en fecha 30 de Agosto de 2011, a través de la cual le propone que traslade los servicios médico que debe recibir su menor agenciada, a la ciudad de Medellín, y para el efecto la misma accionante asumirá los gastos de estadía y alimentación, quedando la entidad accionada obligada a sufragar únicamente los costos de traslado ida y vuelta hasta y desde dicha ciudad.

Ante dicha respuesta, la accionante presentó escrito manifestando que si bien, en un principio ese fue el trato que se le propuso a la accionada, y el mismo se venía cumpliendo, también es cierto que, en razón a que ya su pariente no podía proporcionarles estadía y manutención en la ciudad de Medellín, posteriormente puso en conocimiento de la demandada tal situación, y se le solicitó que le continuara costando, además, los gastos de estadía y alimentación, y ello se le ha venido suministrando, pero intempestivamente la EPS demandada se niega a seguir proporcionado dichos gastos aludiendo que ello –los gastos de estadía y alimentación dados para la ciudad de Medellín- se debió a un error de tipo administrativo.

Para probar lo anterior, allega autorización de gastos de traslado, hospedaje y alimentación para la accionante y un acompañante en la ciudad de Medellín de fechas 02 de Noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012.

Mediante auto del 03 de Agosto de 2012, el Juzgado de la sede de primera instancia CUARTO CIVIL MUNICIPAL de Cúcuta, ordenó abrir el correspondiente trámite

incidental disponiendo la notificación personal de dicho auto al representante legal de la accionada COOMEVA EPS, y correrle traslado por el término de tres (3) días, quien fue notificado el 21 de Agosto de 2012, y ante lo cual guardó absoluto silencio.

En su fallo incidental del 30 de agosto de 2012 manifiesta el A-Quo en síntesis que, no es de recibo la justificación esgrimida por la accionada, en la medida que si la menor está siendo tratada por los especialistas en la ciudad de Medellín y la entidad ha venido proporcionando debida y plausiblemente los servicios, cubriendo los gastos de hospedaje y alimentación a la menor y su acompañante, tal como se evidencia de los folios 79, 80, y 81, no existe razón alguna para que ahora intempestivamente se sorprenda a la accionante con la negación de tales viáticos. Independientemente de que en el fallo se hubiese mencionado a la ciudad de Bucaramanga, la entidad está obligada conforme se dijo en la sentencia, a proporcionar el tratamiento integral, bien sea en esta ciudad o donde se le proporcione el servicio y atención adecuados; en el caso concreto se le viene prestando los servicios en la ciudad de Medellín, donde en palabras de la petente su menor hija ha tenido mejoría; luego era y es obligación de COOMEVA EPS suministrar en cumplimiento a lo ordenado en el fallo, los pasajes de ida y vuelta a dicha ciudad, y los correspondientes viáticos para hospedaje y alimentación; pues el hecho de que inicialmente la accionante haya asumido estos costos, no significa que la entidad se exonera de esta responsabilidad, máximo cuando la tutelante ya no cuenta con los medios para seguir costeándolos como fue su voluntad inicial.

Así las cosas, lo que se encuentra al centro de este trámite es el restablecimiento de los derechos constitucionales fundamentales del reclamante, lo cual se intenta procurar a través de la orden impartida, que dicho sea de paso, de no acatarse traduciría en dejar el fallo emitido sin fuerza vinculante y al ciudadano desprotegido y burlado por la propia judicatura, supuesto que reprocha la jurisdicción constitucional.

Como se ha repetido de manera infatigable por toda la jurisprudencia patria, el objetivo primordial de la acción de tutela es la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados. De tal forma que la orden proferida por el juez constitucional es de cumplimiento inmediato con el fin de que el infractor actúe o se abstenga de hacerlo.

Si no cumpliera con lo ordenado en el fallo, el Juez está facultado para tomar todas las decisiones que considere pertinentes con el fin de asegurar la eficacia de la acción y la protección de los derechos fundamentales, manteniendo la competencia por el tiempo que sea necesario para dejar restablecido el derecho o eliminar las causas de amenaza.

La jurisprudencia ha radicado ese deber de vigilancia en el juez de primera instancia:

"Siguiendo la orientación de otros estatutos procesales, establecerá claramente la competencia del Juez que ha conocido de la acción de tutela en primera instancia, para hacer cumplir la sentencia estimatoria de las pretensiones de tutela y la dotan de una serie de poderes, incluso la conservación de su competencia, para adoptar el

repertorio de medidas que dichas normas contienen para el cabal cumplimiento del fallo de tutela."

El fallo de tutela constituye mandato pleno y totalmente obligatorio para las partes vinculadas a la acción. La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia sobre el tema:

"Ha de partirse del supuesto de que el orden jurídico fundamento en la Constitución no podría subsistir sin la debida garantía del acatamiento a los fallos que profieren los jueces. Ellos han sido revestidos de autoridad suficiente para resolver los conflictos que surgen en los distintos campos de la vida en sociedad y, por tanto, constituyen elemento fundamental de la operatividad y eficacia del Estado de Derecho.

(...)

En el caso de los derechos fundamentales, de cuya verdadera eficacia ha querido el Constituyente ocuparse en forma reiterada, al desacato a las sentencias judiciales que los reconocen es en sí mismo un hecho flagrantemente violatorio del ordenamiento fundamental." Corte Constitucional, sentencia 329 de 1994.

En conclusión entonces, el desacato fue consagrado como una clara manifestación de las facultades disciplinarias discernidas al Juez Constitucional que le permite la imposición de las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, cuando resulte posible establecer que el incumplimiento de la orden de tutela estuvo precedido de responsabilidad subjetiva.

La jurisprudencia ha sostenido sobre este punto en concreto:

"...El desacato implica un compromiso subjetivo de la autoridad que recibe la orden, en el sentido de sustraerse voluntaria o caprichosamente al cumplimiento de lo resuelto en la sentencia de tutela, como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de autoridad judicial." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 12 de noviembre del 2003).

Notificado como le fue por el juzgado de instancia el auto sancionatorio al representante legal de la entidad accionada, el señor JUAN MANUEL JURADO GONZÁLEZ, actuando en calidad de Analista regional Jurídico Zona Nororiente de COOMEVA EPS, facultado por la representante legal de la misma, doctora NEIDY PATRICIA CARVAJAL DOMÍNGUEZ, allegó al referido juzgado el 03 de Septiembre de 2012 un memorial a través del cual se pronuncia manifestando que, no obstante esa entidad desconocía que la accionante ya no tenía familia en la ciudad de Medellín y por dicho efecto no se habían generado las ordenes de suministro de gastos de estadía y alojamiento por cuanto a ese acurdo llegó con la demandante, por efectos del auto sancionatorio producido dentro del trámite incidental procedió a comunicarse con el señor ANTONIO OLIVEROS URIBE, abuelo de la menor, para informarle que debía acercarse a las oficinas administrativas de COOMEVA EPS en Cúcuta para que gestionara lo respectivo a los viáticos para la menor y un acompañante con el fin de acudir a la cita médica asignada para el día 07 de septiembre de 2012 en la ciudad de Medellín, para lo cual el citado señor acudió a dichas oficina y se le entregaron las

ordenes de viáticos para que junto con la menor accionante acudan a la cita medica programada.

Por lo anterior. Solicita dar por terminado y cerrar definitivamente el incidente de desacato abierto en su contra.

Para probar su aseveración, la entidad accionada adjunta copias de las ordenes de suministro de viáticos y estadía en la ciudad de Medellín para la pequeña agenciada y un acompañante, con fecha 03 de Septiembre de 2012.

Habiendo entonces probado la entidad demandada que, aun cuando en forma tardía, le dio cumplimiento a la sentencia de tutela que le dio origen a la providencia sancionatoria, Considera este Despacho que se debe revocar el auto consultado, no obstante que dicha pieza jurídica se ajusta a derecho y está basada en argumentos sólidos, pues en este caso específico se ha configurado el hecho superado por circunstancia particulares ocurridas con posterioridad a la expedición del auto que impuso la sanción.

Sobre este tema, ha expuesto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-421 de 2003 que:

"... En el trámite incidental de desacato se debe estudiar si se desató o no el fallo por la Entidad accionada en la tutela,..." e manera que "... la imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia.

En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia."

"en caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado, acatando."

En consecuencia habiendo cumplido la entidad accionada con la orden de tutela, se deberá revocar la providencia consultada; no obstante lo cual se hace necesario hacer un llamado a prevención –Artículo 24, Decreto 2591 de 1991- a COOMEVA EPS a través de su representante legal, para que hacia el futuro se abstenga de observar conductas como la examinada, y que una vez se radiquen ante ellos esta clase de solicitudes, profiera, las resultas regladas por la Ley y la jurisprudencia dentro del término estipulado.

En mérito de lo expuesto, el JUEZ SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto consultado, pero por las circunstancia particulares ocurridas con posterioridad a su expedición; y, en su lugar, se declara que no existe desacato a la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por ASTRID

CAROLINA OLIVEROS JÁCOME quien actúa como agente oficioso de su menor hija KHAROL DANIELA ESTRADA OLIVEROS, contra la representante legal de COOMEVA EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: PREVENIR a COOMEVA EPS a través de su Representante Legal, para que hacia el futuro se abstenga de observar conductas como la examinada, y que una vez se radiquen ante ellos esta clase de solicitudes, profieran las resultas regladas por ley y Jurisprudencia dentro del término estipulado.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a todos los interesados conforme lo ordena la ley.

CUARTO: DEVUÉLVANSE las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ARMANDO VARÓN PATIÑO

Juez