

**DEFINICIÓN DE LA REGLA HERMENÉUTICA EN LA INAPLICACIÓN DE LA  
NORMA DEL PLAN OBLIGATORIO DE 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  
EL PERÍODO 2007– 2008**

**JACKELINE GRANADOS FERREIRA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

**DEFINICIÓN DE LA REGLA HERMENÉUTICA EN LA INAPLICACIÓN DE LA  
NORMA DEL PLAN OBLIGATORIO DE 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  
EL PERÍODO 2007– 2008**

**JACKELINE GRANADOS FERREIRA**

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

**Dr. JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO  
Director de Tesis**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
OCTUBRE  
2009**

## **DEDICATORIA**

A mi esposo Jaime Enrique y a mi hijo Jaime Nicolás.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	6
1. CONTROL CONSTITUCIONAL	6
1.1 MODALIDADES DE CONTROL CONSTITUCIONAL	6
1.1.1 El modelo Americano.	7
1.1.2 Modelo europeo Kelseniano.	9
1.2 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS SISTEMAS:	9
1.2.1 Del sistema difuso	9
1.2.2 Del control por vía de excepción.	11
1.3 CONSECUENCIA LIMITADA A LAS PARTES DEL EJERCICIO DEL CONTROL	13
1.4 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO CORPORACION DE LA CONSTITUCIONALIDAD	13
1.5 APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	14
1.5.1 Referente general	14
1.5.3 Del control concentrado	18
1.5.4 Del control concreto	19
1.5.5 Del control abstracto	19
1.6 DISTINCIÓN ENTRE LA ACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: DOS MECANISMOS ESENCIALES DE LOS CONTROLES ABSTRACTO Y CONCRETO.	20
1.7 PROXIMIDAD DEL CONCEPTO ORIGINAL DERIVADO DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA	23
CAPITULO II	27

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA	27
2.1 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	27
2.1.1 Antecedente histórico	27
2.1.2 La Constitución de 1991	32
2.1.3 Competencia Constitucional	33
2.1.4 Titular de la acción	34
2.2 EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	36
2.2.1 Referente histórico	36
2.2.2 La excepción de Inconstitucionalidad en la Asamblea Constituyente de 1991.	38
2.2.3 El alcance de la excepción de inconstitucionalidad	48
2.2.4 Titular de la excepción.	50
2.2.5 Desarrollo de la excepción	50
2.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA LEY	53
2.3.1 Modalidades.	53
CAPITULO III	56
3. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA	56
3.1 CONCEPTO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO	56
3.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL	58
3.2.1 La seguridad social como Derecho Fundamental por conexidad.	58
3.2.2 Principios del Sistema de Seguridad Social.	60
3.4 SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	63
3.4.1 Regímenes.	65
3.4.2 Titulares del derecho	68
3.5 ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE SALUD	71
3.6 LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	72
3.7 EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD COMO BENEFICIO QUE BRINDA EL SISTEMA A SUS AFILIADOS	73
3.7.1 La Protección de la Enfermedad General.	74

CAPITULO IV	82
4. PATRON HERMENEUTICO QUE EMPLEAN LOS JUECES PARA INAPLICAR LAS NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD REGIMEN CONTRIBUTIVO.	82
4.1 EXPLORACIÓN DE CASOS	82
4.1.1 Problema hermenéutico generado por las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud. POS.	82
4.1.2 Criterios hermenéuticos para la protección del derecho fundamental a la Seguridad social y protección a la Infancia	88
4.1.3 Excepción de inconstitucionalidad. Inaplicación de la exclusión de tratamientos paliativos para una persona de la tercera edad que padece enfermedad catastrófica.	91
4.1.4 Problema planteado por negación de servicios de salud complementarios a niños y niñas. Traslado del acompañante	93
4.1.5 Problema hermenéutico frente a la situación de inaplicación de normas para la protección de niños y niñas multiimpedidos	94
4.1.6 Problema hermenéutico planteado por la inaplicación de normas que generan la negación de un procedimiento quirúrgico a una reclusa.	97
4.1.7 Planteamiento hermenéutico	98
4.1.8 Problema de inaplicación de normas por la negativa a exámenes diagnósticos.	98
4.1.9 Problema de inaplicación de normas de inferior jerarquía del sistema de seguridad social en salud cuando excluyen tratamiento de rehabilitación a una persona de la tercera edad.	99
4.1.10 Problema que surge por la inaplicación de normas que excluyen tratamiento ante enfermedad catastrófica o ruinosa, bajo el argumento del no cumplimiento de los periodos mínimos de cotización: Derecho a la salud de persona de la tercera edad.	100
4.1.11 Problema que surge de la inaplicación de normas del POS por el no suministro de medicamento en casos de enfermedad catastrófica o ruinosa.	101

4.1.12 Problema de inaplicación de normas del POS por negación de suministro de medicamentos a persona indigente portadora de VIH.	103
4.1.13 Problema de inaplicación de normas excluyentes del POS por negación de orden de examen de carga viral a pacientes con VIH SIDA.	104
4.1.14 Problema hermenéutico ante la inaplicación de normas del POS por la no continuidad en el suministro de medicamento que agrava enfermedad severa.	105
4.1.15 Problema hermenéutico generado por la inaplicación de normas del POS ante la negación de la continuidad en el servicio por una situación de mora del empleador.	105
4.1.16 Problema que surge de la exigencia de periodos mínimos de cotización en situaciones de urgencia.	106
4.2 ESTABLECIMIENTO DE LOS PATRONES HERMENÉUTICOS QUE SE DEDUCEN DE LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE BUCARAMANGA FRENTE A LAS REGLAS HERMENÉUTICAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	107
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFÍA	123
ANEXOS	135

## RESUMEN

**TITULO:** DEFINICIÓN DE LA REGLA HERMENÉUTICA EN LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA DEL PLAN OBLIGATORIO DE 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 EL PERÍODO 2007– 2008.

**AUTOR:** GRANADOS FERREIRA Jackeline\*\*

**PALABRAS CLAVES:** REGLA HERMENÉUTICA , PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, DERECHO A LA SALUD, EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, DERECHO FUNDAMENTAL.

### DESCRIPCIÓN

El objeto de la presente investigación corresponde a la Inaplicación de las normas del Sistema de Seguridad Social en Salud específicamente en relación al Plan Obligatorio de Salud (POS9, por parte de los Jueces de Bucaramanga para proteger precisamente el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, fundamentado en la excepción de inconstitucionalidad. Esto en cuanto a la visibilidad contextual del problema el cual radica en el uso del patrón hermenéutico utilizada por los jueces de Bucaramanga al momento de adoptar sus decisiones constitucionales cuando se ven enfrentados a la inaplicación de normas de inferior jerarquía del sistema de seguridad social en salud establecidas en el Plan Obligatorio de salud POS para garantizar la protección del derecho fundamental a la vida ; Pues los jueces de Bucaramanga en la argumentación de sus sentencias constitucionales no utilizan ningún instrumento hermenéutico el cual les permita definir el sistema de precedentes constitucionales acerca del tema de decisión consultada.

Una de las consecuencias que conlleva a esta situación nace en la práctica judicial en el momento en que el juez de tutela dicta sentencia dejando apartándose de los criterios jurisprudenciales plasmados en las líneas jurisprudenciales a través de reglas y subreglas de inaplicación.

El fin de esta investigación es la determinar los criterios de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad utilizados por los Jueces de Bucaramanga, al establecer decisiones de inaplicación de normas de inferior jerarquía privilegiando normas de rango constitucionales.

Según lo explorado sobre las sentencias de los jueces en este sentido se pudo establecer que los jueces inaplican las normas de inferior jerarquía sin tener en cuenta ningún criterio hermenéutico valido, recurriendo exclusivamente a la cita de jurisprudencia consultada y la cual esta referida al mismo tema objeto de decisión.

---

\* Maestría en Hremeneutica Jurridica y Derecho

\*\* Facultad de Ciencias Sociales. Escuela de Derecho. Director: Jaime Enrique Puentes Torrado

## ABSTRACT

**TITLE: DEFINITION OF RULE hermeneutical Deviations from the STANDARD HEALTH PLAN REQUIRED BY THE JUDGES BUCARAMANGA FOR THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH IN ASSOCIATED WITH THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE, BASED ON THE EXCEPTION OF UNCONSTITUTIONAL FOR THE PERIOD 2007 - 2008.\***

**AUTHOR: FERREIRA GRANADOS Jackeline \*\***

KEY WORDS:

### DESCRIPTION

The purpose of this research is the Exception to the rules of the Social Security System in Health specifically in relation to the Compulsory Health Plan (pos9, by the Judges of Bucaramanga to specifically protect the right to health in connecting with the fundamental right to life, based on the plea of unconstitutionality. So much for contextual visibility of the problem which lies in the use of hermeneutic pattern used by judges in Bucaramanga in taking their constitutional decisions when faced with the Deviations from standards lower hierarchy of the social security system health set in the Mandatory Health Plan POS to ensure the protection of the fundamental right to life; For the judges of Bucaramanga in arguing their constitutional rulings are not using any instrument on hermeneutic which allows them to define the system of constitutional precedents on the subject of decision consulted.

One of the consequences associated with this situation arises in judicial practice at the time that the guardianship judge passes sentence apart from jurisprudential criteria embodied in the jurisprudential lines through derogating rules and subrules.

The purpose of this research is to determine the criteria for applying the exception of unconstitutionality used by the Judges of Bucaramanga, in establishing standards of inapplicability of lower hierarchy favoring constitutional law.

As explored on the rulings of judges in this respect could be established that judges unenforceable lower-ranking standards without taking into account any valid hermeneutic approach, using only the citation of jurisprudence which is consulted and referred to the same subject matter decision.

---

\* Master in Hermeneutica Jurridica and Right

\*\* Ability of Social Sciences. School of Right. Director: Jaime Toasted Enrique Bridges

## INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo corresponde a la Inaplicación de la norma del Plan Obligatorio de Salud (POSC), del régimen contributivo, por parte de los Jueces de Bucaramanga para la protección del derecho a la salud en conexidad fundamentado en la excepción de inconstitucionalidad. Esto en cuanto a La visibilidad contextual del problema el cual radica en el uso de la herramienta hermenéutica utilizada por los jueces de Bucaramanga en la toma de decisiones constitucionales cuando se ven enfrentados a la inaplicación de normas de inferior jerarquía del sistema de seguridad social en salud establecidas en el Plan Obligatorio de salud POS para garantizar la protección del derecho fundamental a la vida ; Pues los jueces de Bucaramanga en la argumentación de sus sentencias constitucionales no utilizan ningún instrumento hermenéutico el cual les permita definir el sistema de precedentes constitucionales acerca del tema de decisión consultada.

Una de las causas que genera esta situación surge en la práctica judicial en el momento en que el juez de tutela toma la decisión dejando de lado los criterios jurisprudenciales plasmados en las líneas jurisprudenciales a través de reglas y subreglas de inaplicación.

La investigación de este problema se realizo con el objeto de determinar los criterios de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad utilizados por los Jueces de Bucaramanga, al establecer decisiones de inaplicación de normas de inferior jerarquía privilegiando normas constitucionales.

De acuerdo a lo observado sobre las decisiones en este sentido se pudo evidenciar que los jueces inaplican las normas de inferior jerarquía sin tener en

cuenta ningún criterio hermenéutico válido, recurriendo exclusivamente a la cita de jurisprudencia consultada y la cual esta referida al mismo tema.

Esta práctica judicial en el tratamiento hermenéutico en las decisiones de tutela, conllevan decisiones que no corresponden a criterios jurisprudenciales plasmados en las líneas jurisprudenciales a través de reglas y subreglas de inaplicación.

Según el cual, a través de un proceso exploratorio de las decisiones judiciales, y bajo una construcción de la hipótesis acerca del problema hermenéutico de la inaplicabilidad de normas jurídicas vigentes, se caracterizan los diversos temas y subtemas que integran el problema, para en un orden de relación metodológica, lograr una interpretación del fenómeno y de allí extraer la síntesis de solución hipotética que conduce a las conclusiones y recomendaciones.

Los Jueces de Bucaramanga al inaplicar las normas del sistema de seguridad social en salud relacionadas con el Plan Obligatorio de salud, en el régimen contributivo, basados en la excepción de inconstitucionalidad de las mismas frente a derechos superiores, construyen su decisión en reglas hermenéuticamente definidas en la jurisprudencia constitucional, garantizando la congruencia del sistema de derecho positivo, el contenido material de la justicia y la estabilidad del sistema jurídico.?

La postura hermenéutica del Juez introduce en su decisión elementos epistemológicos que permitan establecer una función explicativa que permita la clasificación conceptual de las diversas problemáticas surgidas de la exclusión por la norma del Derecho Fundamental, y una función heurística que le permita la construcción de un marco hermenéutico para solucionar los demás casos en los cuales intervenga como administrador de justicia.?

Los Jueces de Bucaramanga han asumido la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en los casos de inaplicación de normas legales del sistema

de seguridad social en salud POSC, en el régimen contributivo, con el mismo criterio de interpretación de una norma legal ordinaria, inobservando los criterios de hermenéutica constitucional establecidos por la Jurisprudencia.

Existe un direccionamiento monolítico en el contenido de la decisión judicial de inconstitucionalidad de normas inferiores, al estar sustentadas de forma exclusiva en el positivismo normativista, con privilegio de la norma asentado en la verificación de la regla de reconocimiento, con menoscabo social de la decisión y su real solución al desconocimiento del derecho fundamental.

Las decisiones de los jueces donde privilegian la norma constitucional sobre la norma legal fundamentados en la excepción de inconstitucionalidad, obedecen a un criterio positivista en el cual se establece un paradigma de jerarquía normativa absoluta donde la norma constitucional prima sobre la norma inferior, dejando de lado el contenido político de la sentencia constitucional que protege un derecho fundamental sobre la regla de validez.

La decisión judicial no incorpora elementos epistemológicos que develen coherencia en la función que desempeñan, pues se muestran indiferentes a la construcción de estructuras conceptuales que permitan la clasificación de las diferentes problemáticas generadas por la exclusión del Derecho fundamental del sistema de protección legal e igualmente no proporcionan ningún fundamento para crear un marco de referencia hermenéutica que posibilite a futuro la solución de problemas prácticos concretos, ello implica que la decisión judicial no proporciona elementos para el precedente horizontal y no identifica el sistema de precedentes verticales.

La solución al problema estaría planteada desde la crítica a una solución estrictamente positivista de la norma, sin regla hermenéutica definida en su proceso de aplicación, el Juez aplica la norma aduciendo la existencia de una

decisión anterior como originada en el legislativo con el pleno de formalidades exigidas en la norma superior. Finalmente inaplica una norma inferior y aplica una superior, bajo una interpretación positivista.

Se plantea una solución que permita al Juez, en sus decisiones constitucionales frente al problema propuesto, articular las funciones explicativa y heurística propuestas por el derecho constitucional, identificando dos rasgos estructurales que posibiliten su uso frente a toda situación problemática concreta atendiendo a sus especificidades y permitiendo un criterio de orden, coherencia y unidad que posibilite su desarrollo sistémico. Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó el método, analítico descriptivo.

La propuesta desarrolla la temática de la excepción de inconstitucionalidad, dentro del contexto de interpretación de la norma jurídica basada en la lectura de las decisiones de los Jueces de Bucaramanga en las cuales abordan el problema de la inaplicación de normas del sistema de seguridad social en salud cuando su campo de eficacia implica el desconocimiento del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida de los ciudadanos.

Se cuestiona tanto en el problema jurídico como en las hipótesis planteada la validez de la norma de inferior jerarquía como supuesto de aplicación cuando la misma contraviene una norma superior, y el proceso hermenéutico que desarrolla el Juez al acoger la excepción de inconstitucionalidad para inaplicarla.

Se incorporan tres elementos de integración epistemológica desde la teoría Constitucional. La Filosofía del Derecho y la sociología jurídica, como una propuesta de transversalización interdisciplinar, en la cual se desarrollen los conceptos constitucionales y la decisión judicial en los casos planteados de inaplicación de normas por excepción de inconstitucionalidad.

La hipótesis se establece la validez constitucional como presupuesto de vigencia de la norma en el sistema jurídico, luego de la verificación de la regla de reconocimiento constitucional de la decisión que reconoce un derecho, como el grado de afectación social positivo en la solución del conflicto entre norma prohibitiva y Derecho Fundamental y de la decisión judicial frente al orden social, es decir, la aceptación del colectivo cuando el Juez entrega una sentencia reconociendo un Derecho negado por la norma inferior vigente, pero otro Juez niega o genera un efecto diverso bajo el mismo supuesto fáctico, reproduciendo el sistema de justicia decisiones diferentes por la carencia de un presupuesto hermenéutico.

Para este propósito se observaron los archivos judiciales y la relatoría el Tribunal Superior de Bucaramanga sobre decisiones de acción de tutela en las cuales los jueces han acogido la excepción de inconstitucionalidad y con ella han inaplicado normas formalmente validas y vigentes. Esta exploración, aunada al recorrido sobre el estado del arte de tema, permitió establecer la problemática y pertinencia disciplinar del trabajo, cuya pretensión u objetivos, esta circunscrita a determinar el nivel de aproximación de los jueces en la utilización de herramientas hermenéuticas en la toma de estas decisiones, y desde allí, a través de un método analítico descriptivo, formular una propuesta hermenéutica para suministrar elementos de conocimiento que permitan generar mayor legitimidad a la decisión judicial cuando se enfrenta una ponderación de normas de inferior jerarquía. Ello a través del reconocimiento de un referente hermenéutico.

La afectación del resultado investigativo está dirigida a los Jueces como administradores de justicia, dentro de una propuesta de política pública de articulación de conocimiento hermenéutico en la gestión judicial.

## **CAPITULO I**

### **1. CONTROL CONSTITUCIONAL**

En el marco de la concepción de orden jurídico, aparece un concepto básico referido al sistema de control que adoptan los diversos Estados para determinar que las Leyes que lo integran no entren en contradicción con los postulados fundamentales que encarnan estas normas superiores. Bajo esta premisa se han desarrollado varios sistemas de control constitucional, lo cuales permiten a los ciudadanos y al propio Estado entrar a generar, por vía de acción o de excepción o bajo un criterio de control automático, instrumentos que garantizan la armonía de los elementos sustanciales que transversalizan el sistema jurídico.

#### **1.1 MODALIDADES DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

Las modalidades de control constitucional surgen en Colombia con la idea de crear una nueva constitución, como manifestación relevante de la soberanía del pueblo, es importante recordar que el sistema implementado es el producto de circunstancias que surgieron y que incluso se desarrollaron simultáneamente, al respecto es pertinente mencionar algunas de estas: la influencia francesa, el modelo norteamericano, e incluso el modelo granadino como origen de este método.

Cuando hablamos de los sistema de jurisdicción constitucional necesariamente nos referimos al modelo difuso y al concentrado, cuya caracterización proviene de Carl Schmitt en donde por difuso entendemos el control norteamericano y por concentrado el Europeo.

### 1.1.1 El modelo Americano.

**1.1.1.1 Antecedente histórico.** La fuente generadora de este modelo se atribuye al caso Marbury vs. Madison fallado en el año de 1803 por John Marshall, como presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien separo la competencia del órgano judicial para constatar la constitucionalidad de la legislación , transformando a los jueces en un real supra poder. Determinar el valor dominante de la norma constitucional frente a las leyes comunes, establece el paso más relevante de los norteamericanos, en tanto que resuelve esencialmente los problemas generados por la colisión de ramas del poder, para este caso, entre el estado- nación y los estados federados.

“La cuestión de si una ley incompatible con la constitución puede llegar a convertirse en ley de la nación, es una cuestión de gran interés para los Estados Unidos; pero felizmente, no es de dificultad proporcional a su interés. Sólo resulta necesario establecer ciertos principios, que se suponen han sido bien y largamente fijados para decidirla (...) o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, (...) la legislatura puede alterar la Constitución por una ley ordinaria (...) Esta teoría guarda una relación especial con la Constitución escrita, por consiguiente, debe ser considerada por esta Corte, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad” <sup>1</sup>

De esta manera surge en los Estados Unidos la teoría de la revisión judicial de la legislación ejercitada por la Corte Suprema de los actos del poder legislativo, extendiéndose al ejecutivo en cuanto sus actos no políticos, luego a los conflictos entre esos dos poderes, para posteriormente asumir los relativos a la propia

---

<sup>1</sup> MARSHAL, Jhon. Citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L, op. Cit., página 139. Citado en GÓMEZ SERRANO, Laureano, “El Control Constitucional en Colombia, Evolución Histórica”, Bucaramanga: Editorial UNAB, 2001, pág. 41.

estructura de la Federación, para proseguir en el campo de la protección de los derechos civiles y fundamentales de los ciudadanos estadounidenses.

El control constitucional surge con un elevado nivel de importancia dentro del constitucionalismo con el conocido caso marbury Vs Madison:

“El caso Marbury contra Madison, se desarrolló y resolvió en circunstancias en que finalizaba el mandato del presidente John Adams (Federalista), cuyo partido había perdido las elecciones frente a Thomas Jefferson (Republicano). Así, cinco días antes de que Thomas Jefferson asumiera la presidencia de la Nación (1801), el Congreso, que concluía su mandato el 4 de marzo de 1801, promulgó una ley orgánica para el Distrito de Columbia, la cual, entre otras cosas, autorizaba la designación "de tiempo en tiempo, del número de personas discretas para jueces de paz, según lo crea conveniente el Presidente de Estados Unidos, por el plazo de cinco años.” En las circunstancias anotadas, el presidente Adams se apresuró a nombrar 42 jueces de paz, designaciones que fueron confirmadas por el Senado; sin embargo, en la prisa de los últimos actos no se entregaron las credenciales a otros cuatro jueces designados, entre los que se encontraba William Marbury. Una vez posesionado el Presidente Thomas Jefferson, acudieron ante el secretario de Estado James Madison exigiéndole la notificación con sus nombramientos, pero él se negó a hacerlo. Ante la negativa, William Marbury, recurrió en súplica ante la Corte Suprema, pidiéndole que expidiera el oportuno mandamiento por el que se ordenara a Madison la entrega del nombramiento. La Corte Suprema, al entender que la ley de 1789, que facultaba a la Corte a dictar esas órdenes al Ejecutivo estaba en contradicción con lo establecido por la sección segunda del artículo 3,0 de la Constitución, estableció la doctrina, según la cual “una ley contraria a la Constitución no constituye derecho”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ibid, p 8,

**1.1.2 Modelo europeo Kelseniano.** Debemos considerar en este modelo el surgimiento de dos etapas históricas distintas: la primera corresponde a la década del 20 que operaba bajo la influencia de Kelsen, y la segunda corresponde a la segunda guerra mundial, que comprende las constituciones que articularon el control en Italia, Alemania y España, y ordenamientos jurídicos que por lo general se invocan como cercanos a nuestra Corte Constitucional de 1991. No debemos apartarnos de la etapa relativa Europa Oriental, después de la caída del muro de Berlín en 1989 y la disolución de Unión Soviética, puesto que en estos países se han dado fenómenos de democracia y de constitucionalismo que los aproximan efectivamente a Europa Occidental.<sup>3</sup>

Lugar importante tiene Francia, como nación opuesta al control constitucional y que hoy en día comparte el interés sobre el control que reina en Alemania, Italia y España, y que es tan cercana a instituciones colombianas de derecho público; la doctrina francesa se ha encargado, naturalmente, de revelar la naturaleza y hondura del cambio.<sup>4</sup>

## **1.2 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS SISTEMAS:**

**1.2.1 Del sistema difuso.** Esta forma de control difuso, es ejercida por jueces de distintas jerarquías, cuando se trata o se requiera la inaplicación de una norma por ser violatoria de otra que tiene rango constitucional.

La corte en distintas oportunidades ha manifestado al respecto y bajo el argumento lo siguiente: “señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también

---

<sup>3</sup> BERNAL CANO, Natalia, “Evolución Histórico Jurídica de la Excepción de Inconstitucionalidad en Colombia y algunas reflexiones respecto a su actual aplicación”, Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.,

<sup>4</sup> BERNAL CANO, Natalia, LA EXCEPCIÓN DE INCOSTITUCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, Bogotá: Primera Edición, 2002.

se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera. Pero en materia de tutela esa figura es de recibo solamente si la aplicación de esas disposiciones contrarias a la Carta conlleva la violación de derechos fundamentales.”<sup>5</sup>

Por lo tanto el sistema compete a todos los jueces sin interesar su grado o jerarquía; que sólo puede formularse por la vía prejudicial como consecuencia de un litigio, y con una finalidad especial la cual no afectan la norma en sí sino su forma de aplicación para el caso concreto. Que potestad no es atribuida únicamente a los jueces, sino que se puede acudir a las autoridades administrativas como un deber cuando exista precisamente confrontación con una norma de mayor jerarquía.<sup>6</sup>

Consecuencialmente se hace alusión por lo tanto a la “bipolaridad”, el hecho de ser difuso el sistema de control, indica que éste procede ante cualquier juez, manifestando la inconstitucionalidad de la norma que participa en la solución del litigio en curso, tesis que si es aceptada por el juez puede conllevar a que no se aplique en el caso la norma acusada.<sup>7</sup>

El modelo difuso del sistema se contrapone al sistema concentrado, de acuerdo a la calificación del procesalista italiana Piero Calamandrei, quien fue el inspirador de la Corte Constitucional italiana en la Constitución de 1948, propio del sistema en Europa, y mediante el cual el modelo es “ejercido por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal, en la cual se cuestiona

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-357/02 MP año 2002.MP Rodrigo Escobar Gil.

<sup>6</sup> BERNAL CANO. Op. cit. p 9.

<sup>7</sup> BERNAL CANO. Op. cit. p 10.

únicamente la ilegitimidad constitucional de las normas legislativas impugnadas, <sup>8</sup>sin tomar en cuenta una controversia concreta”.

En nuestro país es usual hablar que el control de constitucionalidad se maneja en el modelo difuso por la vía de la excepción, retomando esta expresión en el entendido de medio de defensa ejercido por el demandado (la inconstitucionalidad de la norma).

Como antecedente histórico de control constitucional en Colombia recordamos que, no obstante la estabilidad de la excepción de inconstitucionalidad, la reforma de la constitución de 1886 realizada en el año de 1910, fundo lo que se ha llamado la “acción pública de inconstitucionalidad, o de inexecutable”,<sup>9</sup> (que la ley no puede ejecutarse).

Es fundamental resaltar que el control de constitucionalidad tiene soporte en la regla o en el principio de supremacía de la Constitución. Según el cual la Constitución Política se constituye como la norma de normas, es la norma fundante, y de ella proviene la validez de todas las normas del sistema jurídico, por lo tanto se comprende organizado jerárquicamente a partir de la Carta Política.

**1.2.2 Del control por vía de excepción.** La doctrina convencional según la cual la excepción de inconstitucionalidad sólo tiene efectos ínter partes, es decir, en el proceso concreto dentro del cual fue inaplicada la norma contraria a la Constitución, es insuficiente tanto para proteger los derechos constitucionales fundamentales como para asegurar la efectividad de los principios fundamentales.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BERNAL CANO. Op. cit. p 14

<sup>9</sup> Ibid. p., 6.

<sup>10</sup> URIBE VARGAS Diego, Las Constituciones de Colombia, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1977. Tomo I.

La particularidad de que el control de constitucionalidad ante las leyes se haga efectivo en los Estados Unidos sobre pleitos organizados bajo la decisión de los jueces, admite la diferencia del mecanismo de control a la posibilidad de encaminar una acción pública contra la ley, según lo propicia el sistema europeo, y lo instauró el derecho colombiano de forma clara, en la reforma de 1910.<sup>11</sup>

El modelo denominado con el nombre de “judicial review” deja, entonces, incólume la ley, la cual simplemente no es aplicada en el caso concreto. A pesar de lo dicho, la realidad es diferente de la teoría y el acercamiento entre los dos principales sistemas de control se produce por el mecanismo de la autoridad del precedente (*stare decisis*), que combinado con la existencia de un organismo jurisdiccional supremo para todo el país (La Corte Suprema Federal) paraliza, en la práctica los efectos de la ley.

La disposición se traslada entonces al instrumento jurídico del precedente como mecanismo de generalización de la pérdida de los efectos de la ley. Debe partirse de la idea de que la decisión que se adopta sobre la constitucionalidad de la ley a la altura de la Corte Suprema es implementada por las demás instancias judiciales, lo que equivale en la práctica a esa pérdida general de efectos de la ley.<sup>12</sup>

Dentro de todo el sistema jurídico característica del *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*rule of precedent*), que determina la obligación del juez de ceñirse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad (*stare decisis et quieta non movere*); de esta manera aunque debidamente los resultados se circunscriben a las partes de las litis, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente este rasgo, dando al sistema norteamericano una verdadera eficacia *erga omnes*,

---

<sup>11</sup> BERNAL CANO. Op. cit , p 14.

<sup>12</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

bien diferente de la simple inaplicación de la norma, la posibilidad de que en otros supuestos la ley pueda ser nuevamente aplicada.

### **1.3 CONSECUENCIA LIMITADA A LAS PARTES DEL EJERCICIO DEL CONTROL**

Como consecuencia y de acuerdo a lo anteriormente expresado es preciso mostrar la diferencia que los dos modelos contribuyen en cuanto al valor de la decisión de control, efecto directo del ataque que se hace a la ley; entretanto que del modelo norteamericano se dice que el efecto es especial en relación con las partes en el proceso, y de naturaleza declarativa, de certeza retroactiva, ex tunc, de la sentencia del sistema europeo se postula que tiene carácter constitutivo, que tiene operancia como anulación o ineficacia ex nunc que vale para el futuro pero se respeta para el pasado la validez de la ley constitucional.

### **1.4 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO CORPORACION DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

La facultad relacionada con el control constitucional en cuanto a las leyes lo adopta la Constitución española de 1978 en el artículo 161 con el nombre de “recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”<sup>13</sup>; la decisión al respecto tiene efectos “erga omnes” y produce efectos de cosa juzgada y no cabe recurso alguno contra ella.

La excepción de inconstitucionalidad, que mueve el sistema de los Estados Unidos, no se contempla en la Constitución Española; en su lugar, el artículo 163 se orienta por la “cuestión de constitucionalidad” planteada ante el Tribunal

---

<sup>13</sup> BERNAL CANO. Op cit. p. 6.

Constitucional, para que sea éste el que encamine de ese modo, la recta interpretación constitucional.

## **1.5 APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

**1.5.1 Referente general.** La primacía constitucional con el fin de mantenerse incólume requiere inexorablemente de la dotación de controles que en la práctica cumplen a cabalidad con la función protectora y garantizadora, como fundamento para su existencia. En consideración a estos mecanismos es pertinente mencionar que bajo un enfoque de carácter constitucional podemos encontrar varias clases, como los siguientes;

- a. Control Difuso.
- b. Control abstracto.
- c. Control General.
- d. Control Concreto.

Todo modelo de control constitucional debe partir de un punto en común; la llegada de un régimen democrático de Estado de Derecho cuyo apoyo característico es el Principio de Legalidad. En este sentido, los Estados que han establecido constituciones escritas contemplan a estas como parte integradora y fundamental del régimen jurídico que impera en la nación y consecuentemente la teoría que impera en los gobiernos debe contemplar el postulado en virtud del cual una ley ordinaria que contradiga la Constitución debe declararse inválida. Esto hace alusión al principio de jerarquía constitucional que precisa Han Kelsen en sus fundamentos al analizar la teoría pura del derecho.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

**1.5.2 Del control difuso.** Es posible su definición sosteniendo que es un “método en el que son participes todos los jueces y no únicamente un órgano ad hoc, que se estructura Constitucional y Legítimamente para ejercer la función específica de la guarda de la integridad de la Carta política”<sup>15</sup>

A pesar de que esta modalidad de control difuso se ejerce de manera general por los jueces bajo un criterio centralizado, no obsta para que se conciba un grado íntimo de centralización; es decir, el control difuso acertadamente admite un criterio menos rígido en el sentido de que la entidad o impacto centralista de la función controladora no desaparezca, sino que se traduzca en un sistema donde no existe un órgano especializado para la guarda Constitucional; lo cual no debe admitir hipótesis inconcebibles en las que además de los jueces, sean los funcionarios públicos quienes ejerzan el Control, ya que el sistema jurídico se resquebrajaría, puesto que , sin llegar a exagerar, existe la posibilidad de que se rehúsen al cumplimiento de cualquier ley bajo el pretexto de considerarla inconstitucional. <sup>16</sup>

Según la opinión del Profesor Amurro Capitel<sup>17</sup> “en el método de control difuso de la constitucionalidad, es decir, en el llamado método americano, todos los órganos judiciales inferiores y superiores, federales y locales poseen según se ha visto el poder - deber de despabilar las leyes inconstitucionales, en los casos concretos sometidos a su conocimiento”.

Para dicho teórico, la aparición del Control Difuso originario del sistema Americano en los sistemas de *Civil Law* traería inseguridad Jurídica en el sentido de que la consecuencia de que una misma ley se inaplique por parte de algunos jueces por

---

<sup>15</sup> BERNAL CANO. Op cit. p. 6.

<sup>16</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

<sup>17</sup> CAPITEL, Amurro, “El Control Judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado (3 conferencia)”; en, Revista de la facultad de derecho en México, No. 61, Enero – Marzo de 1966, Pág. 33.

estimarla inconstitucional, no llegue a ser uniforme para el criterio de otros jueces que estimen conveniente aplicarla debido a que en su opinión la ley es constitucional. Esta dicotomía de posiciones a tomar por parte de diversos juzgadores respecto a la aplicación o inaplicación de una ley, traería sin lugar a dudas problemas de inseguridad jurídica o cambios de motivación en los fallos que podrían llevar de manera drástica a cambiar la opinión inicialmente tomada por un juez en uno u otro sentido.

En Colombia, según la opinión del Doctor Carlos Restrepo Piedrahita en su libro *tres ideas constitucionales*<sup>18</sup> se pueden divisar el carácter difuso del método de constitucionalidad, cuando afirma “Nótese que el carácter difuso del método americano se limita apenas al ámbito judicial. En Colombia, por interpretación extensiva y ultra extensiva, comprende al legislativo, al ejecutivo y al judicial”.<sup>19</sup>

Antes de la creación de la Corte Constitucional, la guarda de la integridad Constitucional en Colombia no correspondía solamente a la corporación que anteriormente ejercía las funciones pertinentes al Control, la cual era la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por mandato originado en el artículo 41 de la reforma Constitucional de 1910; sino que tales funciones sin ser exclusivas de ese organismo jurisdiccional se ejercían de manera conjunta con el Consejo de Estado desde 1945, con el Presidente de la República que se ha concebido como guardián permanente de todo el orden constitucional y legal, con los gobernadores, los Tribunales y jueces ordinarios; en síntesis citaba; “*los tribunales administrativos y cualquiera otras autoridades que tengan la función de aplicar leyes*”.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, “Tres Ideas Constitucionales”, Universidad Externado de Colombia, 1978, Pág. 65.

<sup>19</sup> Ibid., p. 66.

<sup>20</sup> CONSTITUCIÓN DE WEIMAR, artículo 19

Es relevante mencionar la iniciativa promovida en 1968 de crear una Corte Constitucional en un proyecto de reforma constitucional que reestructuraba tajantemente el sistema de control: proponía unificar mediante la creación de un organismo especializado las distintas formas de control que ejercía la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales de lo Contencioso Administrativo y demás entidades Jurisdiccionales y administrativas que daban al sistema de Control Constitucional un carácter disperso. Sin embargo, esta iniciativa, pese a ser inicialmente apoyada y aprobada en el Congreso en primera legislatura sin objeción alguna, se frustró debido a la situación política del momento y al advenimiento de posiciones doctrinarias contrarias partidarias del resguardo del control imperante en aquella época.<sup>21</sup>

La adopción del sistema de control constitucional por vía de excepción, tiene origen Americano y su esencia es difusa o dispersa, ya que consiste en la posibilidad de que el juzgador en una controversia con efectos inter – partes, inaplique un determinado texto legal por considerarlo inconstitucional. En este sentido, se admite como postulado para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicará de preferencia la disposición Constitucional. Para algunos doctrinantes, esta frase anuncia el sistema norteamericano de control difuso, el cual se admitió en Colombia bajo la adopción de la Ley 57 de 1887.

En el sistema de control constitucional por vía de excepción, el juez no puede declarar la inexecutable de la ley ni los efectos de su inaplicación pueden extenderse o generalizarse, únicamente deben quedar limitados al caso concreto sometido a su jurisdicción; por ello se acepta que la ley inaplicada en el caso particular continúa vigente y los demás jueces pueden seguir aplicándola, incluso

---

<sup>21</sup> CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, “La Excepción de Inconstitucionalidad”, Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Ediciones Jurídica Radar, Bogotá, Colombia, 1994.

el mismo juez que en un momento dado se abstuvo de tenerla en cuenta y cambie su opinión en algún litigio posterior.<sup>22</sup>

En este sentido vale la pena señalar la Constitución de Weimar, Alemania en su artículo 19, el cual disponía que el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich era el encargado de resolver casos jurídicos – políticos de índole federal entre el Gobierno Federal y un Territorio, o dentro de éste sino existía la colaboración de tribunales federales. En este caso encontramos varias autoridades ejerciendo labor de control Constitucional, los litigantes deben ser personas de derecho público con iniciativa exclusiva del proceso a nivel constitucional sin injerencia de particulares: *“De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un territorio en donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios de carácter no privado entre territorios distintos o entre el Reich y un territorios, decidirá a instancia de una de las partes litigantes, el tribunal de justicia Constitucional, siempre que el litigio no sea de la competencia de otro Tribunal del Reich. El presidente del Reich es el encargado de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia Constitucional”*<sup>23</sup>.

**1.5.3 Del control concentrado.** El control concentrado de constitucionalidad, es aquél en virtud del cual la función de guarda e integridad constitucional se centraliza en un órgano especializado que no siempre es jurisdiccional. En virtud de este control el órgano protector y centralizado no ejerce sus facultades a instancias de cualquier litigante sino sólo a solicitud de ciertos órganos permanentes o transitorios de la comunidad como un porcentaje determinado de miembros del poder legislativo; en este caso no se examinan nunca casos concretos, sino abstractos, de alcance general respecto de la validez constitucional de cualquier norma impugnada y por tal circunstancia una decisión

---

<sup>22</sup> Ibid. p 5.

<sup>23</sup> CONSTITUCIÓN DE WEIMAR, artículo 19.

adversa de validez cercena la totalidad de sus efectos, en este caso la decisión es de carácter derogatorio y vincula a la totalidad de los asociados.<sup>24</sup>

**1.5.4 Del control concreto.** Alude principalmente a la producción de efectos únicamente circunscritos en la órbita de una controversia determinada donde se afecta solamente a las partes intervinientes en la actividad de control. En este sentido, el efecto que está llamado a producir el control concreto es inaplicabilidad de una norma por considerarse contraria a la Constitución; es menester decir que para estos efectos la norma queda intangible respecto a su vigencia, es decir no pierde su capacidad vinculante o coercitiva para los asociados, pero se elude su aplicación por parte del juzgador que hace la interpretación de la norma en cuestión y encuentra que infringe preceptos constitucionales de mayor jerarquía; a su vez el juez encuentra en el examen de constitucionalidad que realiza, que si se aplicase la norma en el caso concreto, se afectaría en consecuencia algún derecho fundamental de alguna de las partes que reclama el mecanismo de control.<sup>25</sup>

El control concreto produce efectos inter partes, nunca erga omnes; tampoco se declara la abolición de la norma jurídica sino que los mencionados efectos no trascienden de la órbita en que deben producirse, esta es la situación o el litigio determinado y en éste únicamente se va a discutir si la norma pugna contra la Constitución y si esto resulta comprobado, es inevitable la declaración de inaplicabilidad.

**1.5.5 Del control abstracto.** En esta modalidad de control de constitucionalidad, se destaca la producción de efectos erga omnes; en virtud de esta modalidad se examina una norma jurídica y todas sus disposiciones, comparándolas con la Constitución que es la norma de mayor jerarquía; si en dicho examen se

---

<sup>24</sup> CHARRY URUEÑA. Op cit p 17.

<sup>25</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

manifiesta una violación legal al precepto superior, la solución es declara inexecutable la norma, es decir, declararla inejecutable a nivel general o insubsistente. En este caso no hablamos de una controversia pretérita para la operación del control, sino hablamos de una vía directa en manos de todos los ciudadanos que son titulares de ella, para efectos de acabar con la vigencia de la norma en cuestión que se considera atentatoria contra el régimen constitucional.<sup>26</sup>

En el control abstracto de Constitucionalidad, la decisión opera por vía general; esto es, los efectos de la decisión a tomar en el caso inconstitucionalidad trascienden la órbita de los ciudadanos que interponen la acción respectiva para activar el mecanismo de control aducido, lo cual significa que tales efectos se extienden hacia terceros y el fallo los vincula, en virtud de la discusión de la abolición de una norma legal declarada inconstitucional.

## **1.6 DISTINCIÓN ENTRE LA ACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: DOS MECANISMOS ESENCIALES DE LOS CONTROLES ABSTRACTO Y CONCRETO.**

Como ejemplos característicos de los controles anteriormente expuestos tenemos dos instrumentos legítimos que son: La excepción de inconstitucionalidad para el caso del control concreto y la acción pública de inconstitucionalidad para el caso del control abstracto.<sup>27</sup>

En cuanto al funcionario competente para aplicar los dos tipos de control tenemos que para el caso de la vía de acción la Corte Constitucional tiene la competencia privativa; en este orden de ideas téngase en cuenta que el análisis diferencial de estas figuras es reciente y equivale a los criterios doctrinarios expuestos después de la expedición de la Carta de 1991.

---

<sup>26</sup> CHARRY URUEÑA. Op cit. p 25.

<sup>27</sup> URIBE VARGAS. Op cit Tomo I.

Antes de la nueva Carta Política, el organismo encargado de ejercer el control constitucional era la Corte Suprema de Justicia en su sala Constitucional, habiéndose superado esa etapa, se ha implementado un control concentrado en teoría, debido a que existe un órgano especializado que estudia la constitucionalidad de las leyes.<sup>28</sup>

Respecto a la vía de excepción, los funcionarios competentes, de manera extensiva, son todos aquellos llamados al ejercicio de la jurisdicción, esto es, quienes administran justicia si tienen en cuenta un criterio extensivo. En este sentido es necesario tener en cuenta el artículo 116 constitucional, que consagra de manera amplia quienes administran justicia.<sup>29</sup>

Para algunos autores, si tomamos el caso del origen de la vía de excepción, el cual es introducido en Estados Unidos, los únicos que están llamados a aplicar la figura del control exceptivo son los jueces. Sin embargo, esta tesis, se ha desbordado, a tal punto de que autores como Juan Manuel *Charry* en su libro *“La excepción de inconstitucionalidad”*, admiten un criterio de amplia cobertura para efectos de la autoridad competente en reconocer la figura jurídica. Al respecto, el autor considera que la Constitución Nacional en su artículo 4 es de carácter impersonal y abstracto; estos es, que hace discriminación alguna respecto de los llamados a aplicar la vía de excepción, *“Funcionario Competente- para decidir sobre la acción de inconstitucionalidad, la Corte tiene competencia privativa. Para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad, es competente cualquier ejecutor jurídico que deba aplicar la ley. Pues la norma constitucional establece un deber para todas las personas de aplicar la Constitución en caso de incompatibilidad con la ley, razón por la cual no se comparten las tesis que*

---

<sup>28</sup> CHARRY URUEÑA. Op cit p 28.

<sup>29</sup> URIBE VARGAS. Op cit p 45 .

*restringen a determinado sujeto o funcionario la capacidad de aplicar preferentemente la Carta Fundamental*<sup>30</sup>

Con relación a la titularidad en la excepción, puede ejercitar el instrumento de control quien se crea lesionado o con la virtualidad de llegar a lesionarse por la eventual aplicación de la norma que se cuestiona; mientras que en la acción de inconstitucionalidad son todos los ciudadanos los habilitados para ejercerla.

Al respecto resulta citar las consideraciones doctrinarias de Vladimiro Naranjo Mesa, quien en su obra *“Teoría Constitucional e institucional políticas”* incluye dos tesis doctrinarias, se expresa;

*“Para el profesor Moreno Jaramillo la diferencia esencial entre los artículos 214 y 215, reside en que el primero autoriza a la Corte para declarar la inexecutable, y el segundo faculta a los funcionarios para declarar la inaplicabilidad de la ley. Uno y otro fenómeno se basan en la falta de conformidad de la norma con la Constitución, pero se distinguen en que aquel produce efectos erga omnes y juzga la ley misma, en tanto que este solo tiene efectos para el caso controvertido, y no afecta la sustancia de la norma. Sobre este particular observa Copete Lizarralde: “Aceptando las conclusiones diferenciales de los dos textos, no creemos que ellas produzcan en razón una diversidad esencial entre la inexecutable y la inaplicabilidad, puesto que ambas tienen su base en que una norma legal contraría la carta. Lo único que puede autorizar a un funcionario para dejar de aplicar una ley, es el ser esta inexecutable por inconstitucional. A nuestro entender, el fondo de la declaración es los*

---

<sup>30</sup> CHARRY URUEÑA. Op cit p. 124.

*dos casos es el mismo; solo varía el valor que ella tiene en sus efectos futuros*<sup>31</sup>

## **1.7 PROXIMIDAD DEL CONCEPTO ORIGINAL DERIVADO DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA**

Es menester delinear una definición del Control Constitucional por vía de excepción a partir de su concepción genuina; esto forjará sin duda alguna un criterio general a partir del cual se pueda identificar a simple vista las características principales de la figura jurídica sin incurrir en equívocos.

Es pertinente realizar el acercamiento al concepto partiendo del postulado de que debe buscarse preferentemente el respeto por la Supremacía Constitucional en todo Sistema Constitucional y Democrático de Derecho; este ha sido desde siempre el objetivo fundamental de la vía de excepción o mecanismo de Control difuso denominado inicialmente como la “Técnica de Judicial Review”<sup>32</sup> y su finalidad debe reconocerse independientemente del órgano controlador que intervenga en el ejercicio del contrapeso o del grado de especialidad que posea para su conocimiento.<sup>33</sup>

Partiendo de lo referido y bajo el fundamento del principio de Supremacía Constitucional, se desarrollará el concepto de Excepción de Inconstitucionalidad que se adoptó inicialmente cuando nació la figura jurídica en Norteamérica. El principio de Supremacía Constitucional es el pilar fundamental de la excepción de inconstitucionalidad, se reproduce así mismo en la jurisprudencia Americana mediante el concepto de “*Judicial Review*” que reconoce el poder de los

---

<sup>31</sup> NARANJO MESA, Vladimiro, “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”, segunda edición aumentada y corregida, 1987, pág. 262-263.

<sup>32</sup> Ibid p 262-263.

<sup>33</sup> CHARRY URUEÑA. Op cit p 33

tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que se consideran opuestas al tenor Constitucional. Esta doctrina se estructura en 1803 y en ese mismo año se declara por primera vez inaplicable una ley federal por considerarse contraria al texto constitucional. Declaración que como se expuso con anterioridad se ve vertida en la sentencia del juez Marshall, quien resolvió el caso Marbury vs Madison, argumentando que si se aplicase la ley llegaría a inaplicarse la Constitución resultando un “un proceso ilógico”.<sup>34</sup>

La sentencia citada fue piedra angular en la institucionalización del control Constitucional por vía de excepción ya que a nivel mundial impuso el criterio de la interpretación judicial de la constitución, dejando de lado los criterios políticos en virtud de los cuales era el Congreso el protagonista y éste podía señalar las restricciones de la actuación y el límite de competencias que podían ejercerse respecto a la constitución.<sup>35</sup>

En virtud de la decisión del juez Marshall fue la Corte Suprema Federal el organismo que inaplicó una ley federal por considerarla incompatible y contraria a la norma suprema que era la constitución Norteamericana según lo dispone la respectiva cláusula de supremacía constitucional. *“Esta Constitución y las leyes de los estados unidos que en virtud de ella sean hechas y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema de la tierra y los jueces de cada estado estarán subordinados a ella, a pesar de lo que en contrario dispongan la constitución o las leyes de cada estado”*<sup>36</sup>.

La referida sentencia impuso la costumbre de considerar la supremacía constitucional como principio rector para la actuación judicial; en este orden de

---

<sup>34</sup> Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, artículo VI, inciso 2

<sup>35</sup> URIBE VARGAS. Op cit., Tomo I.

<sup>36</sup> Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Op cit inciso 2

ideas, los tribunales actuaban convencidos de que su competencia se encontraba abigarrada con la función jurisdiccional que desempeñaban y que en todas sus actuaciones deberían mantener la integridad constitucional de las leyes y ocasionó que en virtud del sistema todos los Estados por intermedio de sus organismos jurisdiccionales, protegiesen dentro de ellos las respectivas Cartas Políticas de la misma manera que la Corte Suprema protegía la Constitución contra las infracciones legales de las leyes de los Estados Federales Norteamericanos.<sup>37</sup>

Para efectos de análisis de la vía de excepción es importante citar el siguiente aparte de la sentencia referida; *“si una ley está en oposición a la constitución; si ambas, la ley y la constitución, se aplican a un caso particular de tal manera que la corte deba decidir el caso conforme a la ley, desestimando la constitución o conforme a la constitución desestimando la ley, la corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto es de la pura esencia de la función judicial. Si, entonces, las cortes están para vigilar la constitución y la constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la constitución y no el acto ordinario”*.<sup>38</sup>

De lo anterior se puede colegir que la excepción de inconstitucionalidad como modalidad de control constitucional permite al funcionario competente inaplicar la norma por ser violatorio de un postulado de rango constitucional; esto significa que la norma inaplicada no se separa del ordenamiento jurídico, simplemente el operador judicial deja de lado la norma violatoria para dar paso a la doctrina constitucional. Este mecanismo de control constitucional proviene como antecedente histórico en virtud de la decisión del juez Marshall quien inaplicó una

---

<sup>37</sup> CAPITEL, Amurro, “El Control Judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado (3 conferencia)”; en, Revista de la facultad de derecho en México, No. 61, Enero – Marzo de 1966.

<sup>38</sup> Ibid p 11.

ley federal por considerarla incompatible y contraria a la norma suprema que era la constitución Norteamericana.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Ibid. p 15.

## CAPITULO II

### 2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

#### 2.1 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**2.1.1 Antecedente histórico.** Uno de las principales consecuencias de la Constitución Política de 1991 fue precisamente abrir la compuerta del control constitucional a todos los ciudadanos por vía de acción, pero el efecto de mayor relevancia fue permitir a los funcionarios públicos inaplicar normas de inferior jerarquía en los casos que entraran en contradicción con preceptos o principios constitucionales.

Veamos cual es el referente mediato a este fenómeno constitucional:

*“Como oposición al artículo 6 de la ley 153 de 1887, que señalaba una disposición expresa de ley posterior a la constitución se reputa como constitucional, y se aplicará aún cuando parezca contraria a la constitución” nace en nuestro país un novedoso e imperioso sistema de defensa judicial en la Constitución Política, con el objeto de garantizar la supremacía en nuestro ordenamiento jurídico”<sup>40</sup>.*

Por tanto los constituyentes construyen un doble procedimiento de control de la carta política a saber: el uno por vía de excepción (con efectos particulares o inter partes), para la aplicación de leyes incompatibles con aquella norma superior; el otro como acción pública, conferida a cualquier ciudadano y destinada a obtener un pronunciamiento judicial con efectos generales o erga omnes, respecto de

---

<sup>40</sup> HENAO HIDRÓN Javier, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Protección de los derechos constitucionales, Bogotá: Editorial Temis S.A, 2006, Pág. 98 – 102.

leyes y decretos gubernamentales por la Corte Suprema de Justicia, convertida en el nuevo guardián de la norma fundamental del estado.<sup>41</sup>

En este entendido, los artículos 40 y 41 del acto legislativo 3 de 1910 dispusieron lo siguiente:

**Artículo 40.-** “En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.<sup>42</sup>

**Artículo 41.-** “A la corte suprema de justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente:

*“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del procurador general de la nación”*<sup>43</sup>

La excepción como modalidad de control constitucional consiste en que los operadores judiciales quienes se encargan de hacer cumplir el ordenamiento jurídico en nuestro del país, tienen la obligación de aplicar siempre la Carta política–ley suprema prioritaria a la ley la cual es una norma subordinada, en caso de incompatibilidad entre las mismas. La Carta Política de 1991 fue más clara al decir que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (art.4)

---

<sup>41</sup> CAPITEL. Op cit. p 36.

<sup>42</sup> Acto legislativo 3 de 1910 Artículo 40.

<sup>43</sup> Ibid. Artículo 41.

Este mecanismo le permitía a todo ciudadano acusar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes de la república o los decretos nacionales con el fin de que esta corporación decidiera definitivamente sobre su exequibilidad, es decir, declarándolos ejecutables o inexecutable mediante sentencia, o en otros términos, conformes con la Constitución o en contradicción con ella. (El vocablo inexecutable había sido empleado, por primera vez en el derecho público colombiano, por la Constitución de 1832 y ahora, de nuevo, con un sentido equivalente al de la palabra inconstitucionalidad). Obviamente, en el primer caso la declaración de exequibilidad le permitía a tales normas seguir rigiendo, pues al tener respaldo en el órgano defensor del estatuto superior, conservaban su fuerza ejecutoria; en el segundo supuesto, mediante el fenómeno contrario de la inexecutable, perdían su indispensable respaldo constitucional, dejaban de regir y eran retiradas del listado de normas positivas.<sup>44</sup>

Para mayor garantía, los respectivos procesos se adelantarían con audiencia del procurador general de la nación, cabeza del ministerio público y representante de los altos intereses de la sociedad civil. Así mismo, el gobierno podía acusar ante la Corte los “actos legislativos”.<sup>45</sup> Esta expresión se refería a los proyectos de ley aprobados por el congreso y respecto de los cuales el presidente de la república, antes de impartirles la sanción ejecutiva, expusiera los motivos de inconstitucionalidad. Forma de control surgida de la Constitución de 1886, en donde correspondía a la Corte Suprema decidir definitivamente “sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales”<sup>46</sup>

La revisión constitucional de 1945, reguló en los términos siguientes la acción pública de inconstitucionalidad o inexecutable:

---

<sup>44</sup> CAPITEL. Op cit p 38.

<sup>45</sup> Acto legislativo 3 de 1910

<sup>46</sup> URIBE VARGAS. Op cit.. Tomo I.

**Artículo 53.**-“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente:

“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que han sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Esta reforma además de precisar la terminología (se refirió escuetamente a proyectos de ley en vez de utilizar la expresión “actos legislativos”<sup>47</sup> mientras a la acción ciudadana la denominó “acción de inexequibilidad”), determino los decretos gubernamentales susceptibles de ser acusados ante la Corte Suprema por cualquier ciudadano. Estos serían únicamente los dotados con fuerza de ley o de carácter legislativo (dictados en uso de facultades extraordinarias o autorizaciones especiales o durante el estado de sitio), pues los demás decretos, de carácter administrativo, los remitió para conocimiento al Consejo de Estado aplicando un criterio de competencia residual así: “corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno , cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que trata los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución”.<sup>48</sup>

La reforma constitucional de 1968 se refirió una vez más al sistema judicial de defensa de la Constitución Política y con el propósito de mejorar el trabajo de la Corte Suprema de Justicia creó en ella la Sala Constitucional, integrada “por

---

<sup>47</sup> Acto legislativo. Op cit 3

<sup>48</sup> Constitución política de Colombia Artículos 69 y 117.

magistrados especialistas en derecho público”<sup>49</sup> y encargada de presentar ante la sala plena los proyectos de sentencia (ponencias) en materia de inexecutableidad.

Este orden jurídico rigió hasta 1991, año en que una Asamblea Nacional Constituyente convocada por el voto directo de los ciudadanos expidió una nueva constitución Política. El sistema de acción pública de inexecutableidad (su titular es cualquier ciudadano) para impugnar las leyes de la República, e incluso en un comienzo los decretos nacionales, ante un solo órgano, la Corte Suprema de Justicia, cuyos fallos tienen efectos generales (efectos de cosa juzgada constitucional), instaurado en Colombia desde 1910, se anticipa al modelo kelseniano y al control concentrado de constitucionalidad de impronta europea, que pertenece al “constitucionalismo de entreguerras”<sup>50</sup>, si bien un sector de la doctrina propugnaba varias décadas antes, como un avance de la democracia, la institucionalización de la jurisdicción constitucional, en la cual la anulación del acto inconstitucional representara la más eficaz garantía de la Constitución.

Entre tanto la excepción de inconstitucionalidad es, por su parte, una modalidad de “desaplicación”<sup>51</sup> normativa, en defensa del estatuto superior, de cuya titularidad participan autoridades judiciales e incluso administrativas, cuando resuelven controversias sometidas a su conocimiento, caso en el cual la excepción obra como cuestión incidental y tiene alcance limitado al asunto de que se trata. Basada en la revisión judicial norteamericana, de donde había surgido el procedimiento opuesto: el control difuso.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Reforma constitucional de 1968

<sup>50</sup> Constitucionalismo mundial.

<sup>51</sup> FERNANDEZ SEGADO Francisco, El Sistema Constitucional Español, Madrid, Ed. Dykinson, 1992, Págs. 1035- 1045 citado por HENAO HIDRON Javier, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, protección de los derechos Constitucionales, Bogota: Editorial Temis S.A., 2006 Pág.102

<sup>52</sup> VIDAL PERDOMO Jaime, DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL E INSTITUCIONES POLITICAS COLOMBIANAS, Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: Sexta Edición, 1996.

Los sistemas adoptan aspectos de ambos controles, ejemplo de ello es el instituto de la revisión previa, con efectos *erga omnes*, vigente entre nosotros respecto de los proyectos de leyes estatutarias aprobados por el Congreso (art. 153) y de leyes aprobatorias de los tratados internacionales suscritos por el gobierno (art. 241-10); las primeras deben ser remitidas a la Corte Constitucional antes de su sanción presidencial, y las segundas dentro de los seis días siguientes a dicho acto solemne, para que se resuelva lo pertinente con anterioridad a la ratificación del tratado.<sup>53</sup>

**2.1.2 La Constitución de 1991.** La Asamblea Constituyente mantuvo en esencia el sistema colombiano de defensa judicial de la Carta Política, pero trasladando la competencia atribuida a la Corte Suprema de Justicia convertida a partir de entonces en tribunal de casación a una corporación judicial creada con el nombre de Corte Constitucional.

Contra las sentencias de la corte constitucional no procede recurso alguno, y el contenido material del acto jurídico que sea declarado inexecutable por razones de fondo, no podrá ser reproducido por ninguna autoridad, mientras subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron para hacer la confrontación normativa (art.243).

Por orden legal, las sentencias que profiera la Corte tienen efectos hacia el futuro, a menos que ella misma resuelva lo contrario (ley 270 de 1996, art. 45). En este sentido, la corporación declaró inexecutable un precepto expedido con anterioridad por el legislador extraordinario (decr. 2067 de 1991, art.21, inc. 2), de conformidad con el cual “los fallos de la Corte solo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y

---

<sup>53</sup> FERNANDEZ SEGADO. Op cit p .108

en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución<sup>54</sup>, relacionado este último con las reuniones de miembros del Congreso de la República efectuadas fuera de las condiciones constitucionales (C – 113 de 1993).

Complementariamente, se dio a la Constitución el calificativo de “norma de normas”<sup>55</sup>, reiterándose su aplicación preferente en todo caso de incompatibilidad ya no tan solo con la ley sino también como lo venía sosteniendo la jurisprudencia y la doctrina con otra norma jurídica cualquiera (art. 4).

Por otra parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo (justicia colegiada a cargo del Consejo de Estado y los tribunales administrativos de los departamentos), continuará conociendo de los actos administrativos *que* sean susceptibles de impugnación por la vía judicial, con capacidad para anularlos y, previamente, en caso de ostensible oposición con norma positiva superior, para disponer su suspensión provisional<sup>56</sup> (art. 237, núm. 2 y 238)

**2.1.3 Competencia Constitucional.** Las cinco jurisdicciones; ordinaria (Corte Suprema de Justicia, tribunales del distrito judicial y juzgados), la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y tribunales administrativos), la jurisdicción de paz (jueces de paz), la jurisdicción de las comunidades indígenas y la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), ejercen actividades de manera autónoma, sin embargo, rige el principio de solidaridad dentro dichas ramas, más aún si en el caso de la jurisdicción constitucional el sistema no es completamente concentrado sino que ofrece modalidades de control difuso, ejemplo de ello es la participación del Consejo de Estado, cuando conoce de las *acciones* de nulidad

---

<sup>54</sup> Constitución política de Colombia. Editorial Legis. Bogotá 2009. Artículo 149.

<sup>55</sup> Constitución Política de Colombia.

<sup>56</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit. p.

por inconstitucionalidad , su competencia desde luego, deriva directamente de la voluntad del constituyente .<sup>57</sup>

La corte constitucional por su parte, inició labores el 1 de marzo de 1993 a partir de entonces y con ciertos cambios suscitados, conoce de dos tipos de procesos: los de inconstitucionalidad (inexequibilidad), para la defensa de la integridad y supremacía de la Carta Política frente a leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, y, mediante su revisión eventual con miras a unificar la jurisprudencia, los de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Además, resuelve bajo estricta reserva sobre las excusas que presenten personas naturales o jurídicas que hubieren sido llamadas a declarar en sesión especial antes comisiones legislativas , de conformidad con los artículos 137 y 241 – 6.

También tiene asignada una función electoral, consistente en elegir uno de los seis magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (tres provienen del Consejo de Estado y dos de la Corte Suprema), y en designar no de los integrantes de la terna judicial (formada además por otro candidato de la Corte Suprema y otro del Consejo de Estado), con base en la cual el Congreso en pleno elegirá al contralor general de la república. Igualmente, hace el nombramiento de los empleados de la corporación, con excepción de aquellos pertenecientes al despacho de cada magistrado<sup>58</sup>.

**2.1.4 Titular de la acción.** La acción de inconstitucionalidad implica el ejercicio de un derecho político que tiene por titular, no a toda persona, sino a cualquier ciudadano. Su fuente es el artículo 40, numeral 6, de la Carta Política que confiere

---

<sup>57</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

<sup>58</sup> Sobre la estructura organizativa, el organigrama de sus dependencias y su funcionamiento, puede verse TOBO RODRIGUEZ Javier, La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, 2 ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pág. 115-139.

a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, entre otros medios, interponiendo “acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”<sup>59</sup> en concordancia con el artículo 241, ibídem.<sup>60</sup>

El objeto de la acción es la salvaguarda del principio de supremacía constitucional enunciado en el artículo 4 que otorga a la Constitución el calificativo de “norma de normas”<sup>61</sup>. Y se relaciona con las leyes de la república y determinados decretos con fuerza de ley (los dictados por el gobierno nacional con fundamento en los arts. 150 núm. 10 y 341), en cuanto puedan contrariar el estatuto superior, con la finalidad de que la Corte, mediante sentencia, retire la norma acusada del ordenamiento jurídico nacional, total o parcialmente.<sup>62</sup>

El titular es el ciudadano, o sea el nacional colombiano mayor de dieciocho años y en ejercicio de sus derechos de ciudadanía. Lo cual significa que ni podrá ser interpuesta ni por los extranjeros, ni por los menores de dieciocho años, ni por personas que hayan perdido o tengan suspendidos sus derechos políticos, inherente a la condición de ciudadano; tampoco a nombre de una persona jurídica.

La petición será presentada por el ciudadano directamente o por intermedio de su apoderado. “La Corte no rechaza ni inadmite –ha dicho esta corporación– demandas de inconstitucionalidad presentadas a nombre de otro, bajo condición de que mandante y mandatario sean ciudadanos en ejercicio”.<sup>63</sup>

El ciudadano está igualmente habilitado para intervenir como impugnador o defensor en los procesos promovidos por otros ciudadanos; para este efecto, en el

---

<sup>59</sup> HENAO HIDRON Javier, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Protección de los derechos constitucionales, Bogota: Editorial Temis S.A. 2006 Pág.110-121

<sup>60</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit p 24.

<sup>61</sup> Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>62</sup> URIBE VARGAS. Op cit p 45.

<sup>63</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 1993 MP Alejandro Martínez Caballero y Manuel Gaona Cruz.

auto admisorio de la demanda se ordenará la fijación en lista, por el término de diez días, de las normas acusadas. Así mismo debe garantizarse la intervención ciudadana en aquellos procesos que se adelantan ante la Corte y para los cuales no existe acción pública, verbigracia, los que involucran la revisión sobre constitucionalidad formal de referendos, plebiscitos, consultas populares, del orden nacional; o de los decretos de estados de excepción, o de los proyectos aprobados por el Congreso y que versan sobre leyes estatutarias. Es mandato expreso del numeral 1 del artículo 242.<sup>64</sup>

## 2.2 EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**2.2.1 Referente histórico.** Su origen remoto probablemente se encuentra en la institución norteamericana de la *judicial review*, no solo porque comparte con aquella la condición de ser una forma de control judicial de constitucionalidad, materia en la que el primer antecedente en el mundo fue ciertamente la *judicial review*, sino, sobre todo, porque además tiene en común con este último la condición de ser un remedio procesal subjetivo concebido de modo que, al tiempo con el control de la constitucionalidad de las leyes, se garantice la protección de un derecho particular del demandante.<sup>65</sup>

Por otra parte, también al igual que la acción de inconstitucionalidad, la excepción fue en Colombia parte de la airada reacción que se levantó contra el empeño de no pocos de los regeneradores de 1886 de perpetuarse por la puerta falsa en el ejercicio del poder constituyente, empeño cuyo culmen fue el artículo 6 de la ley 153 de 1887, según el cual “una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución”<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit p 27.

<sup>65</sup> Ibid., p 35

<sup>66</sup> Ley 153 de 1887 Artículo 6.

Una y otra, acción y excepción, fueron entonces, los instrumentos encargados de conformar la fuerza de choque con la que se buscó asegurar efectivamente el imperio de la constitución, taponando los caminos más utilizados para hacerles un esguince a sus normas y para hacer nugatorios los derechos consagrados en ella, caminos estos que, como se había venido comprobando, con frecuencia no eran otros que los de la propia ley.

La explicación de lo que había venido ocurriendo y que desembocó en ese artículo 6 de la ley 153 de 1887 era sencillamente que cuando se estructuró nuestra naciente organización política se abrazó férreamente la concepción francesa que tenía al poder Legislativo por centro de gravedad del Estado y con ella la idea de que, por definición, tanto él como la ley era incontestables. Incluso, la de que aquel considerara que parte esencial de su misión en el deber de fungir de cancerbero de la Constitución.<sup>67</sup>

Prueba de ello es el precepto que se consagró en el artículo 10 del Capítulo III de una de nuestras primeras constituciones, la de Tunja de 1815 y luego, palabras más, palabras menos, en casi todas las que siguieron, en el sentido de que “únicamente la legislatura tendrá facultad para interpretar, ampliar y restringir, comentar y suspender las leyes (...). El poder ejecutivo y el Judicial deberán ligarse a la letra de las leyes y en caso de duda consultar a la Legislatura”<sup>68</sup>

Dentro de ese panorama, la entronización conjunta, en 1910, de la acción y de la excepción de inconstitucionalidad constituyó, a no dudarlo, una verdadera revolución. No solo porque en esa materia marcó el tránsito de la concepción francesa a la norteamericana, al pasarse de la idea de un legislativo todopoderoso cuyos actos (las leyes) no están sujetas a ningún control externo puesto que son el emblema de la soberanía del Estado y del derecho, a la de uno cuyos actos, por

---

<sup>67</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit., p 36.

<sup>68</sup> URIBE VARGAS, Op cit., p. 401.

eso mismo, se encuentran sometidos al imperio del derecho a través de un control judicial concebido en aras de la supremacía constitucional y de la efectividad de los derechos de los ciudadanos. También y de modo muy significativo, porque significó un paso fundamental y ciertamente visionario en el proceso de estructuración de un sistema de instrumentos procesales de rango constitucional para la protección de las libertades públicas.<sup>69</sup>

Con todo, a diferencia de la norma sobre la acción de inconstitucionalidad, que no tenía antecedente directo de ninguna especie cuando se instituyó en 1910, el artículo que simultáneamente consagró la excepción de inconstitucionalidad no era, en cambio, del todo nuevo.<sup>70</sup>

**2.2.2 La excepción de Inconstitucionalidad en la Asamblea Constituyente de 1991.** Curiosamente, con todo y que la discusión sobre el cabal significado del artículo 215 de la Carta estaba lejos de poder considerarse superada a pesar de haber transcurrido ochenta años de su entronización, el asunto jamás fue tema de un debate autónomo en la Asamblea Constituyente de 1991.

Una vez más, y como siempre, el precepto en cuestión sufrió las consecuencias de haber quedado colocado desde 1910 al lado de una mucho más clara y menos indefinida acción de inconstitucionalidad y de haber tenido que desarrollarse a su sombra.

Los debates que en ella se dieron, resaltan la idea general de configurar el andamiaje más perfecto posible para garantizar la supremacía constitucional tanto en pro de la defensa del orden del sistema jurídico, como de la protección de los derechos particulares atados a él.

---

<sup>69</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit., p.

<sup>70</sup> URIBE VARGAS. Op cit., Tomo I.

Solo dos de los proyectos y propuestas que se presentaron a la asamblea abordaban independientemente el tema de la excepción de inconstitucionalidad: el Proyecto No. 112, del constituyente Esguerra Portocarrero, que en todo caso señalaba en la exposición de motivos que ella "es parte importante del sistema colombiano de control de constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales"<sup>71</sup>, y la Propuesta No. 4 del Colegio de Altos Estudios de Quirama.

El artículo propuesto por Esguerra era del siguiente tenor:

**Artículo:** El artículo 215 de la Constitución vigente quedará así:

*“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo o cualquier otro acto administrativo de carácter reglamentario, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.*

*En firme el fallo que declare inaplicable una disposición legal, o reglamentaria por ser contraria a la Constitución, el juez o magistrado que lo haya proferido, enviará de oficio la providencia respectiva a la Corte Suprema de Justicia, la cual, en pronunciamiento que será facultativo, decidirá definitivamente sobre el caso particular”<sup>72</sup>.*

Como puede verse, este proyecto conservaba lo esencial del sistema vigente desde 1910, pero, por una parte, extendía a todas las normas jurídicas generales de inferior jerarquía y no ya solo a las leyes el alcance de la aplicación preferencial de la Constitución y, por la otra, dejaba claro que la competencia para esa aplicación preferencial era exclusivamente de los jueces, al tiempo que establecía una instancia discrecional de revisión, a cargo de la Corte Suprema de Justicia.

---

<sup>71</sup> Gaceta Constitucional; No. 2f, pág. 4.

<sup>72</sup> URIBE VARGAS. Op cit., Tomo I.

Por su parte, la propuesta de Quirama traía el siguiente artículo:

**“Artículo 17. la prevalencia de la carta política.** *En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.*

*Corresponde a las autoridades aplicar la anterior disposición, de oficio o a petición de parte. Cuando un funcionario judicial o administrativo inaplique una norma jurídica deberá solicitar al Ministerio Público la instauración de la acción correspondiente”<sup>73</sup>.*

Esta propuesta, que en lo sustancial también conservaba lo establecido en 1910, ampliaba en cambio, por contraste con la anterior, el horizonte de esta forma de control de constitucionalidad al disponer que los titulares de la competencia para darle aplicación preferencial a la Carta en los casos de contradicción con una ley, no eran solo los jueces, sino, además, las autoridades administrativas.<sup>74</sup>

En el Proyecto No. 2, presentado por el Gobierno Nacional, se optaba por un camino distinto y novedoso. En él, como parte del título relativo a la Jurisdicción Constitucional, se incluía el siguiente artículo nuevo en reemplazo del artículo 215:

**ARTÍCULO 253:** El artículo 215 de la Constitución Política pasará a ser el artículo 253 y quedará así:

***Asunto de la inconstitucionalidad***

*1. Cuando un juez considere en el curso de un proceso que una norma de alcance general de la cual depende el fallo es contraria a la*

---

<sup>73</sup> Gaceta Constitucional. Op cit., p. 4.

<sup>74</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit. p.

*Constitución, planteará la cuestión ante el órgano de la jurisdicción constitucional que señale la ley orgánica de oficio o a petición de parte.*

*2. El planteamiento de la cuestión no suspenderá el proyecto de ley.*

*3. La ley orgánica regulará todo lo concerniente a la cuestión de inconstitucionalidad<sup>75</sup>*

La idea del Gobierno consistía en la organización de una jurisdicción constitucional separada, a cuyo cargo estarían el conocimiento y la decisión de todos los litigios sobre la materia. A tal grado, que incluso si en un proceso judicial de competencia de un juez ordinario llegaba a surgir un punto de orden constitucional, este tendría que ser resuelto por un órgano de aquella jurisdicción mediante sentencia que además sería materia de revisión por la Corte Constitucional.<sup>76</sup>

De esta suerte, la excepción de inconstitucionalidad se sustituía por la cuestión de inconstitucionalidad, lo cual significaba decir que los conflictos de constitucionalidad surgidos en el curso de un proceso, que antes se trataban como parte del mismo y se resolvían por el propio juez de la causa mediante la aplicación de la norma superior, ahora daban lugar a un trámite judicial separado, que se surtía ante un juez distinto y especializado.

La opinión del Consejo de Estado era opuesta a la del Gobierno. En su proyecto, el número 58, señalaba lo siguiente, en apoyo de su tesis de que la norma constitucional vigente debía mantenerse intacta:

"La excepción de inconstitucionalidad rige desde el Acto Legislativo No. 3 de 1910 y constituye una regla de hermenéutica jurídica que permite al funcionario u órgano que deba proferir una decisión, judicial o administrativa, abstenerse de aplicar la ley pertinente al caso y preferir la Constitución si encuentra, de modo

---

<sup>75</sup> Gaceta Constitucional; No. ST, pág. 27.

<sup>76</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit. p.

manifiesto, que aquella contraría a esta. Por consiguiente, se trata de una institución tradicional del país, mediante la cual los funcionarios, al proferir sus decisiones, deben hacer prevalecer la Constitución. Aunque aparentemente audaz, es practicada con mesura y hasta con timidez; sin embargo, es instrumento jurídico eficaz que hace que en las decisiones prevalezcan las normas de jerarquía superior. De manera que es menester mantener la excepción de inconstitucionalidad sin reformarla y menos deferirla para su examen a ningún juez o tribunal”<sup>77</sup>.

A la hora de su informe-ponencia para la Subcomisión Tercera de la Comisión Primera, que trató el tema en cuanto instrumento de protección de los derechos, el constituyente Esguerra varió un tanto su propuesta original y se inclinó por la del Consejo de Estado de no modificar la excepción de inconstitucionalidad, aunque agregó la precisión de que la competencia para la aplicación de unas normas de preferencia sobre otras les correspondería a todas las autoridades públicas, y que ella se ejercería en todos los casos de antinomia entre reglas jurídicas de diversa jerarquía<sup>78</sup>.

Con ello, en el fondo, según explicó, lo que se hacía era refundir en uno solo, los artículos 215 de la Carta y 12 de la Ley 153 de 1887<sup>79</sup>.

La Subcomisión Tercera acogió este criterio e hizo suyo el siguiente artículo para llevarlo ante la Comisión Primera:

*En todo caso de incompatibilidad de la Constitución con la “Ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo o cualquier otro acto administrativo, o de estos entre sí, las*

---

<sup>77</sup> Gaceta Constitucional; No. 22, pág. 48.

<sup>78</sup> Gaceta Constitucional. Op cit, p. 15

<sup>79</sup> Este último, en la parte en que la que se hallaba vigente, señalaba que “las ordenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen una fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, o a las leyes”.

*autoridades públicas aplicarán de preferencia las disposiciones de superior jerarquía.*<sup>80</sup> Esta última lo aprobó también sin modificación alguna y en su ponencia para primer debate en plenaria incluso dejó abierta la puerta para que en caso de establecerse la jurisdicción constitucional que proponía el Gobierno, pudiera aceptarse la idea de una instancia superior de revisión de lo que en materia de aplicación preferencial de la Constitución hubiera resuelto en primer término la autoridad pública encargada del caso concreto.<sup>81</sup>

De su lado, los constituyentes Garcés Lloreda y Velasco Guerrero, a quienes la Comisión Cuarta había encomendado el estudio integral y la elaboración de una ponencia sobre el tema del control de constitucionalidad en el amplio marco de la administración de justicia, propusieron, luego de un extenso y detallado examen, el siguiente artículo:

*“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, las autoridades aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, de oficio o a petición de parte”.*<sup>82</sup>

Al mismo tiempo, a título personal, el constituyente Velasco Guerrero propuso un artículo un tanto distinto, del siguiente tenor:

*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. Todos los jueces de la República están obligados a declarar de oficio o a petición de parte la excepción de inconstitucionalidad “en los casos pertinentes”.*<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Gaceta Constitucional. Op cit. pág. 11.

<sup>81</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit. p.

<sup>82</sup> Artículo 15 de la ponencia conjunta de los constituyentes Garcés Lloreda Guerrero (Gaceta Constitucional No. 36, pág. 18.

<sup>83</sup> Informe presentado por José María Velasco Guerrero. Gaceta Constitucional; No. 36, pág. 26.

La Comisión Cuarta, luego de revisar y discutir la ponencia y el informe contentivos de uno y otro artículo, y de analizar también los textos propuestos y debatidos en el seno de la Comisión Primera, acogió finalmente el siguiente texto para someterlo a la plenaria:

*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, el decreto, la ordenanza o cualquier otro acto administrativo, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. Todos los jueces están obligados a declarar de oficio o a petición de parte la excepción de inconstitucionalidad en los “casos pertinentes”<sup>84</sup>.*

La semejanza de criterios entre las dos comisiones era evidente. Ambas abogaban por que se mantuviera lo fundamental de la fórmula de 1910 y ambas planteaban hacerla extensiva a todo posible conflicto entre normas jurídicas de distinta jerarquía. La única diferencia consistía en que mientras en la propuesta de la Comisión Primera se había optado por atribuirles expresamente a todas las autoridades públicas la potestad de definir las contradicciones entre reglas jurídicas de diferente nivel que surgieran en el trámite de los asuntos a su cargo, en la de la Comisión Cuarta esa potestad parecía estar limitada solo a los jueces.<sup>85</sup>

Y aunque en esas condiciones no era de esperar que el tema fuera a dar lugar a mayores contrapunteos a la hora de los debates en plenaria, el hecho de habérselo llevado a esta como parte del capítulo atinente al control de constitucionalidad terminó poniéndolo al lado del fuego de una de las más encendidas discusiones de toda la asamblea, que giró en torno de la creación o no de la Corte Constitucional. Ello significó que, al final, también la excepción de inconstitucionalidad quedara incluida dentro de los puntos que, en esa materia y la

---

<sup>84</sup> Acta No 21 de la Comisión Cuarta (Gaceta Constitucional NT 70, pág. 15)

<sup>85</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit., p.

de la estructuración de la cúspide de la rama jurisdiccional, le fueron encomendados a una comisión accidental encargada de estudiar las distintas propuestas y de buscar y presentar posibles fórmulas de consenso.<sup>86</sup>

Esta comisión, integrada por los constituyentes Carrillo, Castro, Esguerra, Peña, Velasco y Yepes<sup>87</sup>, finalmente acordó someter a la consideración de la plenaria dos propuestas apenas ligeramente distintas de artículo sobre la excepción de inconstitucionalidad. En una, que finalmente salió avante por mayoría<sup>88</sup> en primer debate, en la sesión del 11 de junio, no se incluía la expresión "de preferencia" al hablar de la prelación con la que siempre deben aplicarse las normas constitucionales en los casos de antinomia entre ellas y una cualquiera de inferior jerarquía. En la otra, que fue derrotada se incluía esa expresión "de preferencia", con apego a la redacción que había venido rigiendo desde 1910. El texto aprobado fue el siguiente:

*“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”.*<sup>89</sup>

No hay duda de que la supresión de la expresión "de preferencia" de a la norma, al menos en apariencia, un carácter más imperativo. Por su parte, la Comisión Codificadora, en cumplimiento de su tarea de integración y armonización de los textos aprobados en el primer debate, estimó conveniente refundir en una sola disposición el artículo que acaba aceptarse y otro que hacía parte del capítulo de los "Principios Fundamentales", y que decía así:

---

<sup>86</sup> URIBE VARGAS. Op cit., Tomo I.

<sup>87</sup> Gaceta Constitucional No 124, pág. 12.

<sup>88</sup> De 49 votos afirmativos, ninguno negativo y ninguna abstención (Gaceta Constitucional N° 131, pág. 15).

<sup>89</sup> Gaceta Constitucional N° 109, pág. 31

*“La Constitución es norma de normas. Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia vivir sometidos a la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades”<sup>90</sup>.*

El texto refundido, y ya integrado al primer proyecto de cuerpo constitucional completo, que la Comisión Codificadora propuso para segundo debate era el siguiente:

**Artículo 4°.-** *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra forma (sic) jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de todos los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.*<sup>91</sup>

No se sabe a ciencia cierta qué razón llevó a la Comisión Codificadora a plantear la reunión de los dos textos, ni cuál de sus miembros la propuso. En la ponencia con la que el constituyente Ramírez Ocampo sustentó ante la plenaria, para segundo debate, la propuesta de aquella relativa al preámbulo, a los principios fundamentales, a los derechos y a su protección, apenas si se dijo que “en el artículo cuarto, simplemente también se establece un cambio sobre la ordenación de las expresiones, sin tocar lo que es una norma que fue producto incluso de una transacción de un[a] comisión accidental. Pero se sugiere añadir un inciso que recogemos más adelante y lo plasmamos en el articulado de los principios, cuando proponemos que se añada que es deber de todos [los] nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer las autoridades, principio además consagrado desde hace mucho tiempo en nuestro derecho”.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>91</sup> Gaceta Constitucional No. 113, pág. 2.

<sup>92</sup> Gaceta Constitucional No. 142, pág. 6.

Parece ser que esa mención de Ramírez Ocampo a la propuesta de la codificadora de añadirle al proyecto de artículo 4° un “inciso que recogemos más adelante y lo plasmamos en el articulado de los principios”, en realidad se refería al aparte sobre aplicación preferencial de las disposiciones constitucionales, que se sugería incorporar a ese artículo como corolario del postulado que pregonaba la supremacía constitucional, trayéndolo del capítulo sobre la jurisdicción constitucional.<sup>93</sup>

Lo que resulta aún más curioso es que en el mismo proyecto de articulado en el que la Comisión Codificadora propuso que la disposición sobre la aplicación preferencial de las disposiciones constitucionales se incorporara al capítulo sobre principios fundamentales, ella hubiera planteado a la vez que esa misma norma fuera parte del capítulo sobre la jurisdicción constitucional<sup>82</sup>.

La consecuencia que se siguió de esa duplicidad fue la de que, en el segundo debate, la plenaria terminó aprobando la misma regla dos veces, en dos artículos distintos y en dos capítulos distintos. Por un lado, el artículo 4°, en la sesión del 28 de junio, con 53 votos afirmativos, y con el siguiente texto:

*“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de todos los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.*<sup>94</sup>

Por otro, el artículo 248-A, en la sesión del 1° de julio, con 50 votos afirmativos, y con el siguiente texto:

---

<sup>93</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit p.

<sup>94</sup> Gaceta Constitucional No. 142. pág. 7.

*“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.*<sup>95</sup>

Como fuera evidente que el enunciado del segundo estaba comprendido dentro del primero, la Comisión de Revisión y Estilo sugirió eliminar aquel y dejar solo este, razón por la cual, en el texto final de la Constitución que la asamblea proclamó el 4 de julio de 1991, ya no apareció el que se había aprobado con el número 248-A.<sup>96</sup>

Así, la norma que finalmente se adoptó fue la que quedó consignada en el artículo 4° de la Constitución, que en realidad no es muy distinta de la que consagró entre nosotros el Acto Legislativo No. 3 de 1910.

El constituyente de 1991 en buena hora le insufló autonomía y mayor peso a este precepto casi centenario, que siempre estuvo condenado a ser subalterno. Pero por otro lado, dejó escapar la oportunidad de dotarlo de las precisiones que desde un comienzo le hicieron falta para la definición plena y unívoca de su identidad y de su alcance.

### **2.2.3 El alcance de la excepción de inconstitucionalidad**

*“La Constitución es norma de normas. En  
Todo caso de incompatibilidad  
Entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica,  
Se aplicarán las disposiciones  
Constitucionales.”<sup>97</sup>  
(Inc. 1 artículo 4 C.N)*

---

<sup>95</sup> Gaceta Constitucional No. 143. pág. 6.

<sup>96</sup> VIDAL PERDOMO.. Op cit p.

<sup>97</sup> Constitución Política de Colombia Artículo 4 Inc. 1.

**2.2.3.1 El concepto con relación al artículo cuarto de la Carta Política.** Ante todo es la normativización del postulado básico de la supremacía constitucional, piedra angular del Estado de derecho, es la afirmación explícita del más importante de los corolarios que se siguen de ese postulado, cual es el de que toda disconformidad de una norma legal o reglamentaria con un precepto constitucional debe resolverse siempre a favor de este. En tercer lugar, es la consagración implícita de una garantía que les permite a las personas esgrimir ese mismo postulado básico como fundamento para pedir que, en un caso dado, no se aplique una norma jurídica que estiman contraria a la Constitución, o, lo que es lo mismo que se aplique esta en lugar de aquella.<sup>98</sup>

En relación con los dos primeros aspectos, el precepto que se analiza no puede ser más claro; ni más rotundo: la Constitución es norma de normas. Ella es, pues, es la base misma de todo el ordenamiento y por ende, el soporte necesario de las demás reglas de derecho. En los principios y en las reglas que contienen los preceptos de aquella se encuentra el sustento de la validez de estas. En consecuencia, por fuera de tales principios y de tales reglas, o en contravención de los unos o de las otras, las leyes carecen de soporte y, por lo tanto de validez y de efectividad.<sup>99</sup>

Respecto al tercer aspecto, que es el de la garantía ciudadana que entraña el artículo 4 de la Carta, tampoco puede haber duda alguna. Cuando su texto señala específicamente que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”,<sup>100</sup> es evidente que en él, al lado de una obligación precisa, perentoria y explícita, que no admite réplica, se está estatuyendo, por una parte, el derecho implícito a la aplicación prevalente de las normas constitucionales y, por otra, el derecho a

---

<sup>98</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

<sup>99</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit p.

<sup>100</sup> Constitución Política de Colombia Artículo 4

recabar la efectividad de esa obligación. Al fin y al cabo, es principio básico en materia jurídica que toda imposición de un deber conlleva la consagración de un derecho correlativo.

**2.2.4 Titular de la excepción.** A diferencia de lo que ocurre con todos los demás instrumentos dinámicos de protección de los derechos que se han analizado, la excepción de inconstitucionalidad no tiene un titular expresamente definido. En efecto, ni la Constitución ni la ley determinan quiénes se hallan legitimados procesalmente para ejercer el derecho de pedir que se prefieran las disposiciones de la Carta sobre las de una norma jurídica que pugna con ellas. El artículo 4° de aquella apenas señala lacónicamente que esa anteposición procede en todo caso de incompatibilidad entre unas y otras.<sup>101</sup>

Y aunque evidentemente allí no se puntualiza si los titulares de ese derecho son todas las personas o solo los ciudadanos, o si el ámbito del mismo es privado o público-político, no por ello puede concluirse que la Carta nada dice sobre la materia. Porque cuando la frase citada habla de en todo caso está indicando a las claras que la aplicación preferencial que ella prescribe no opera en abstracto frente a la simple hipótesis de una antinomia entre una ley y la Constitución como preceptos jurídicos generales e impersonales, sino que presupone un conflicto en acto entre ambas normas.<sup>102</sup>

**2.2.5 Desarrollo de la excepción.** Con la revisión constitucional de 1910, en donde fue establecida como complemento práctico de la acción de inexecuibilidad, en estos términos: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”<sup>103</sup> (art. 40), esta excepción mantuvo su imperio hasta la entrada en vigencia de la Constitución

---

<sup>101</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

<sup>102</sup> Ibid. p.

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia numero 059 de 1985 MP Manuel Gaona Cruz

Política de 1991, con la sola modificación de una coma, agregada por el constituyente de 1945 después de la palabra ley.

**Artículo 4.-** “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.<sup>104</sup>

Por aplicarse como un control por vía de excepción (mejor conocido en la doctrina como cuestión prejudicial o incidental), sus efectos son particulares, o según la expresión latina, *inter partes*, limitados a una controversia concreta, en la cual la autoridad debe escoger la Constitución Política –en caso de incompatibilidad- con preferencia a cualquier otra norma jurídica, por estarle está subordinada y derivar de ella su validez.

En cuanto a la titularidad, han existido dos criterios: uno restringido, que la atribuye a los funcionarios judiciales y otro amplio, que habilita a todas las autoridades encargadas de hacer cumplir el ordenamiento jurídico, para dar aplicación preferente al estatuto superior; en ambos casos, de oficio o a petición de parte. La primera postura la coadyuvó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, llegando a definirla en estos términos “el juzgador tiene capacidad jurídica para dejar de aplicar en el caso controvertido una norma legal cuando considere que es violatoria de la Constitución y ella no ha sido aún declarada inexecutable por la autoridad competente”<sup>105</sup> (sent., 3 noviembre 1981). La segunda posición la avala la Corte Constitucional (sent. T – 614 de 1992), con la advertencia de que oposición entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional debe ser ostensible, de modo que salte a la vista del intérprete, pues, de lo

---

<sup>104</sup> Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>105</sup> Corte Suprema de Justicia Sentencia, 3 noviembre 1981 MP Manual Gaona y Alfonso Patiño Roselli.

contrario, aconseja estarse a lo que resuelva el juez de constitucionalidad con efectos para todos (*erga omnes*).<sup>106</sup>

En España los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad comprenden el recurso de inconstitucionalidad (la acción de inexecutable del derecho colombiano) y la cuestión de inconstitucionalidad (la excepción de inaplicabilidad del derecho colombiano), si bien esta última está circunscrita a las normas con rango de ley, ambos en cabeza de su tribunal constitucional. Mientras que en Estados Unidos no existe la acción directa, pues se han quedado con su propia *judicial review*, vinculada a la célebre jurisprudencia del juez John Marshall, expuesta en 1803 en el caso Marbury contra Madison y que recoge en un momento propicio las ideas de los federalistas que atribuían a los tribunales la peculiar función de interpretación de las leyes.<sup>107</sup>

Finalmente, y en contraste con la amplitud del sistema colombiano de control constitucional, en los supuestos enunciados, la legitimación para impugnar está reservada en aquellos países a determinadas autoridades estatales. Así, en España, del recurso de inconstitucionalidad solo son actores el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las comunidades autónomas, debiendo formularse en un plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley; respecto de la cuestión de inconstitucional, los únicos legitimados para actuar son los jueces o tribunales, conforme al siguiente precepto, “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el tribunal constitucional en los supuestos, en la forma y con los

---

<sup>106</sup> VIDAL PERDOMO. Op cit p.

<sup>107</sup> URIBE VARGAS. Op cit. Tomo I.

efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”<sup>108</sup> (Constitución de España, art. 163).

## 2.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA LEY

### 2.3.1 Modalidades.

**2.3.1.1 Control político.** En el constitucionalismo francés posterior a la revolución de 1789 se idearon fórmulas para confiar a un cuerpo de origen político la verificación de la constitucionalidad de las leyes; un senado conservador debía cumplir esta tarea, que también existió en 1852.<sup>109</sup>

Si el órgano de control es elegido por el cuerpo legislativo su condición es política y su actuación también; en tal caso, pesará más los motivos políticos que los jurídicos para declarar una ley ajustada o no a la constitución.

A diferencia del sistema norteamericano, donde el control constitucional por la llamada vía de excepción comenzó a operar desde 1803, en Francia influyó contra su establecimiento el mito de la ley. Con Rousseau, se ha entendido la ley como la expresión de la soberanía; por lo tanto, poco propicia para que por encima de ella se coloque una decisión judicial.<sup>110</sup>

A causa de este clima político –jurídico el control constitucional en la Constitución francesa de 1946 tuvo más un carácter político. Otra razón adversa al control judicial es que a través de él los jueces que lo ejercen se excedan en sus funciones y terminen sujetando a sus criterios la marcha de la legislación.

---

<sup>108</sup> Constitución de España, Art. 163

<sup>109</sup> RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, “Tres Ideas Constitucionales”, Universidad Externado de Colombia, 1978.

<sup>110</sup> URIBE VARGAS.. Op cit. Tomo I.

Este fenómeno se ha conocido con el nombre de gobierno de los jueces. Se presentó en los Estados Unidos en la década de los 30, como reacción contra la legislación de tipo intervencionista impulsada por el gobierno de Franklin Delano Roosevelt. Los criterios de liberalismo económico de los jueces de la Corte Suprema Federal frenaron así durante cierto tiempo la legislación de *New Deal*, que para superar la gran crisis de la época debía tener otra orientación.<sup>111</sup>

Esta experiencia, calificada de infortunada al poner en manos de los jueces decisiones que pertenecen al ámbito de la política, ha creado resistencias al control constitucional realizado por los jueces.

**2.3.1.2 Control judicial.** Desde el caso MADISON VS MARBURY en 1803, en que el juez MARSHALL de la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió aplicar la constitución y no una ley en un proceso entre partes, se abrió el camino del control constitucional por la vía llamada de la excepción. Otra posibilidad más amplia es la de la acción pública.

**2.3.1.3 La vía de excepción.** Al tomar del derecho procesal el término excepción, que corresponde a un mecanismo de defensa, se entendió que podía tenerse como tal la inaplicabilidad de una ley por ser contraria a la constitución.

La ley no queda afectada en su valor jurídico para otros litigios, pero no se aplica en el caso debatido por cuanto el juez ha halado que riñe con la constitución.

No obstante la individualidad de la interpretación, por ser realizada al nivel de la Corte Suprema de Justicia se generaliza, y otros jueces deciden en el mismo sentido de la inaplicabilidad de la ley.

---

<sup>111</sup> RESTREPO PIEDRAHITA. Op cit p.

En Colombia hoy la vía de excepción tiene soporte claro en el art. 4, que declara la preferente aplicación de la constitución en frente de cualquier otra norma opuesta; o sea la inaplicación de esta última cuando infringe la disposición constitucional. También existía este mecanismo de control en la constitución anterior y se discutió sobre su alcance, si la excepción de inconstitucionalidad podía ser admitida únicamente por los jueces, o también por las autoridades administrativas; predominó la primera interpretación, que hoy parecería descartada o muy discutible por la amplitud del art. 4 citado; lo que no deja de traer dificultades en la rama administrativa del estado, que es por esencia jerárquica, es decir donde debe obedecerse al superior.

## **CAPITULO III**

### **3. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA**

Para abordar el problema que surge del uso que los Jueces de Bucaramanga dan a la excepción de inconstitucionalidad cuando protegen derechos superiores conexos a la salud o integridad personal de los ciudadanos, se hace necesario desarrollar algunos conceptos básicos del Sistema de Seguridad social en Salud y de la normatividad existente en el Plan Obligatorio de salud posterior a la expedición a la Ley 100 de 1993, que transformó sustancialmente la prestación de este servicio público fundamental.

#### **3.1 CONCEPTO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO**

Preámbulo de la Ley 100 de 1993;

“El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los conjuntos de habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.<sup>112</sup>

Cuando hablamos de seguridad nos referimos no solo a cada uno de los elementos que la componen, sino que más bien implica el desarrollo uniforme de ese conjunto de elementos, cuyo principal objetivo es garantizar el bienestar

---

<sup>112</sup> Ley 100 de 1993, Preambulo.

individual del empleado y su núcleo familiar asegurando de esta manera para estos su calidad de vida.

En cuanto a la calidad de vida en el escenario del Estado Social de Derecho que alude la Constitución Política de 1991, obtener dicha pretensión es un deber del Estado para con su comunidad y como tal se encuentra consagrada entre otros en los artículos 357, 334 y 64 del ordenamiento constitucional.

Conforme con los racionamientos constitucionales, el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 estableció que el objeto del Sistema de Seguridad Social Integral será el de: “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios sociales complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro”<sup>113</sup>.

Teniendo como referente este concepto podemos resaltar dos tópicos que alcanzan una representativa distinción: por una parte, insistimos en la relevancia que tiene la articulación del concepto en cuanto a la calidad de vida, de la cual debe comprenderse que por medio del Sistema de Seguridad Social Integral, no se pretende únicamente una prestación económica o asistencial ( pensión, salud, indemnización), pues lo que busca el Estado es la garantía del contenido social permitiendo un desarrollo pleno los vinculados al sistema al igual que su grupo familiar, con el propósito de alcanzar una mejor calidad de vida.

---

<sup>113</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 1°.

## **3.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **ART. 48 de C.P.**

**3.2.1 La seguridad social como Derecho Fundamental por conexidad.** “La persona humana en su manifestación individual y colectiva es contemplada en la constitución como fuente suprema y última de toda autoridad y titular de derechos inalienables, para cuya protección se crea el Estado y este otorga competencias con sus agentes<sup>114</sup>

El estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona humana. De tal manera los derechos y garantías de las personas consagradas en la constitución están inspirados en el respeto y promoción de la persona humana. Los derechos fundamentales que consagra la Carta de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón de su dignidad humana. Fuerza concluir que el carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana y/o necesaria para su auto perfeccionamiento.

La fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida la dignidad humana, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

Además, en cuanto a su carácter de derecho fundamental, podría afirmarse que, per se, la seguridad social no está incluida como derecho fundamental, carácter que se deduce en cada caso particular según el componente de que se trate.

El concepto de seguridad social hace referencia, pues al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atenten contra la capacidad y

---

<sup>114</sup> IGUARAN ARANA. Mario, Constitución y Seguridad Social. Acción de tutela. Editorial Nueva Ley Bogotá 1999. p 71-95

oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

En cuanto se refiere a estos principios que rigen la seguridad social en Colombia cabe destacar los siguientes:

La Constitución Política de 1991 se dedico de manera enfática a la seguridad social a diferencia de la constitución de 1886 en donde este tema evidencio un limite pues solo se refería a la asistencia publica, con la constitución de 1991 adquiere un alto grado de significación. El fundamento constitucional de la seguridad social esta consagrado en la carta política en su artículo 48 como un “servicio público de carácter obligatorio Y un derecho irrenunciable”<sup>115</sup>, lo que nos permite asentir que el derecho a la seguridad social se adquiere mediante la prestación de ese servicio público que se torna obligatorio e irrenunciable.

La constitución política de 1991 acoge un concepto mucho más amplio sobre el derecho a la seguridad social, pues adiciona un conjunto de servicios, prestaciones, asistencias y auxilios cuya efectividad y garantía corresponde y esta bajo la dirección, control y vigilancia del Estado, con sujeción a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad.

La seguridad Social no esta consagrado en la carta política como un derecho fundamental, sin embargo este derecho adquiere su carácter fundamental cuando pone en peligro otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física o moral o el libre desarrollo de la personalidad, de los niños discapacitados y personas de la tercera edad.

---

<sup>115</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 48.

La Corte Constitucional ha reiterado en distintas oportunidades el concepto de la seguridad social como derecho fundamental, cuando se cumplen los siguientes componentes: "Sin embargo, debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto. "<sup>116</sup>

El derecho a la seguridad social en Colombia se rige bajo la aplicación de los principios constitucionales.

### **3.2.2 Principios del Sistema de Seguridad Social.**

**3.2.2.1 Eficiencia.** El artículo 2° de la Ley 100 de 1993 la define como:

“La mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”<sup>117</sup>.

De lo anterior podemos deducir que es un deber de las instituciones que conforman el sistema de seguridad social velar porque la prestación del servicio se realice de una manera apropiada, precisa, pertinente y que la utilización de los recursos técnicos, administrativos y financieros estén destinados y se dispongan de una manera racional para tal fin.

---

<sup>116</sup> Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional

<sup>117</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 2°.

En cuanto a la incorporación del sector privado al sistema con el fin de ofertar y prestar los servicios lo cual era exclusivo de las entidades publicas, esta surge como un beneficio para los afiliados al sistema, pues esto permite al afiliado escoger de manera libre la entidad para efecto de su vinculación y acceso a la prestación del servicio, obligando de esta manera a las entidades que prestan sus servicios brindarlo bajo unos criterios y parámetros de una excelente calidad del servicio, bajo el control de las instituciones que integran el sistema de seguridad social, quienes tienen la potestad de sancionar a las entidades que incumplan y transgredan los derechos de los afiliados al sistema

“De esta manera, sobre la base de una igualdad normativa, las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social, independientemente de su carácter público o privado, estarán sujetas al *cumplimiento de unos requisitos mínimos legalmente establecidos que no solo permitan su conformación, sino que ante todo garanticen su adecuado funcionamiento y la prestación eficaz y oportuna de los servicios propios de cada entidad*”.<sup>118</sup>

Es importante señalar que los particulares que prestan los servicios al sistema quedan sujetos a los postulados, requisitos, condiciones y exigencias propias de la prestación del servicio, quedando de esta manera obligados al cumplimiento de los mismos y en el caso de su inobservancia, el afiliado podrá exigir el cumplimiento de lo establecido legalmente a través de los distintos mecanismo que la misma ley le permite ejercer, como por ejemplo la acción de tutela “podrá ser ejercida contra estos particulares en aras de la protección de los Derechos Fundamentales que se puedan ver conculcados con la prestación del servicio”.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> CORTÉS HERNÁNDEZ, Oscar Iván, DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá: Tercera Edición, 2007, Pág. .

<sup>119</sup> Ibid., ps. 61-69.

**3.2.2.2 Universalidad.** Este principio se define como “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”<sup>120</sup>.

La adopción de esta regla resulta relevante en la medida en que de acuerdo al artículo 48 de la constitución, el cual nos recapitula que el derecho a la Seguridad Social debe garantizarse a todos los colombianos nacionales y extranjeros; dependientes, es decir personas que se encuentran vinculadas a través de una relación laboral, trabajadores independientes; servidores públicos; igualmente aquellas personas con condiciones económicas que les permiten afiliarse al sistema y otras que no teniendo capacidad de pago el estado debe garantizar la prestación del servicio. Cuando manifestamos que es obligación la garantía de la prestación del servicio, dicha acepción va más allá de la simple prestación del servicio, puesto que debe involucrar y proteger no solo al afiliado al sistema sino igualmente a su núcleo familiar, quienes obviamente dependen económicamente del cotizante. De lo anterior podemos inferir que en el derecho a la seguridad no se puede presentar ninguna forma de discriminación para quienes pretenden acceder a su servicio.

**3.2.2.3 Solidaridad.** De acuerdo a la norma este principio corresponde a la “práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades de bajo el principio de más fuerte hacia el más débil”<sup>121</sup>

La aplicación de este principio no solo involucra la protección que El Estado hace del mismo a través de los distintos organismos de administración y financiamiento como el caso del Fosyga: “cuya finalidad es canalizar los recursos aportados por las personas con una mayor capacidad de pago, en beneficio de quienes carecen

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, ps 63-65

<sup>121</sup> *Ibíd.*, ps ., 63-65

de dicha capacidad, generándose los denominados subsidios”<sup>122</sup>. Sino que igualmente involucra a las personas de la tercera edad, los trabajadores del sector agrario y a los miembros de las comunidades indígenas, estos son objeto de una protección especial por parte del Estado.

El uso de este principio soporta la base para el establecimiento del llamado régimen subsidiado, en donde se pretende asegurar aquellas personas que carecen de los recursos económicos para pagar los aportes regulados por la ley, y por lo tanto tengan la oportunidad de afiliarse al sistema de Seguridad Social y disfrutar de sus beneficios, de acuerdo a las condiciones y restricciones que el mismo sistema impone.

### **3.4 SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

Para entender la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud es importante considerar algunos aspectos conceptuales que lo enmarcan, refiriéndonos particularmente a los objetivos del propio sistema, a los principios o reglas rectoras, a las finalidades de la intervención estatal, los regímenes que conforman y la organización institucional del Sistema General de Seguridad Social en Salud entre otros.

El sistema de salud tiene como finalidad “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”<sup>123</sup>. Estos objetivos pretenden desarrollar el fundamento constitucional según el cual la salud es un servicio público esencial Art. 49 de la carta política; en donde el control, dirección y vigilancia le corresponde al estado a través de los distintos organismos que lo conforman. De igual manera corresponde al mismo crear una condición de acceso a toda la población. Significando esto que

---

<sup>122</sup> *Ibíd.* ps. 65-67.

<sup>123</sup> LEY 100 DE 1993, ART 152

el Sistema de salud esta diseñada como un modelo contributivo y un modelo de seguridad social asistencial.

Para comprender a cabalidad el sistema de salud se hace imperioso distinguir de manera puntual los regimenes que la conforman; es decir el régimen contributivo y el régimen subsidiado. Los cuales están dirigidos a un sector específico de afiliados. El régimen contributivo para quienes tienen capacidad de pago a través de una cotización por estar activos laboralmente ya sea por medio de un contrato de trabajo o como independiente con capacidad de pago, y el régimen subsidiado para toda la población mas pobre y vulnerable que por su condición económica no puede pagar la cotización.

En aplicación al principio de universalidad de la afiliación : todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiara con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales. (art.156, b). En donde la primera modalidad corresponde al régimen contributivo y la segunda al régimen subsidiado.

La norma define al régimen subsidiado como: un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos sociales o de la solidaridad. (Art. 211).

Por su parte el régimen contributivo es “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o en un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador. (Art. 202).

**3.4.1 Regímenes.** Cuando hacemos alusión a la noción de salud, no podemos dejar de lado los derechos originarios y de rango constitucional como es el derecho fundamental a la vida, el artículo 11 de nuestra Constitución política, precisa que el derecho a la vida es inviolable, lo califica como el primero de los Derechos Fundamentales, por esta razón “siempre que la vulneración del derecho a la Seguridad Social en Salud implique también afectación de derechos como la vida, podrá entonces adquirir la categoría o calidad de Derecho Fundamental por conexidad”.<sup>124</sup>

Frente a las prestaciones precedidas en el Sistema de Seguridad Social en Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado a través de la Sentencia SU-508 de 2001 según la cual "El Sistema colombiano de seguridad social integral es un sistema de corte mixto que recoge de los clásicos modelos alemán (de Bismarck) y británico (de Beveridge). Es un sistema público que tiende a la universalidad, casualista de financiación diversa y con regímenes plurales. No se puede confundir el Sistema de Seguridad Social en Salud con los regímenes que la integran. El sistema es una política y el régimen es un mecanismo. El Sistema de Seguridad Social en Salud cuenta con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio: **a) el régimen contributivo**, al cual pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago; y **b) el régimen subsidiado**, al cual se afilia la población más pobre del país. El Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y la EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los

---

<sup>124</sup> CORTÉS HERNÁNDEZ, Oscar Iván, Derecho de la Seguridad Social, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá: Tercera Edición, 2007, Pág. 269.

parámetros que el mismo Estado le ha fijado<sup>125</sup>. Regímenes dependen de la capacidad económica para contribuir al sistema:

**3.4.1.1 Régimen contributivo.** Al régimen contributivo se afilian aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes realizan una cotización obligatoria al Sistema y, al régimen subsidiado, las personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Las personas vinculadas al sistema por incapacidad de pago, tienen derecho a los servicios de atención en salud, mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.<sup>126</sup>

**3.4.1.2 Régimen subsidiado.** La ley creó el régimen subsidiado; señaló el propósito del mismo y sus beneficiarios; y previó que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinaría la forma y las condiciones para que dicho régimen opere, lo cual no implica en sí el ejercicio de una facultad discrecional, sino que constituye un deber del CNSSS tal determinación, con base en el propósito previsto en la ley en cita y respecto de los beneficiarios también en ella indicados. En consecuencia, el artículo 212 de la Ley 100 de 1993 es su fundamento legal.<sup>127</sup>

El artículo 172 de la Ley 100 de 1993, que contiene las funciones del CNSSS, en su numeral 6 establece que corresponde a dicho organismo definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables, la población con las que deben estar conformadas, esto es, con la

---

<sup>125</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-508, mayo 17 de 2001. Magistrado Ponente: MONROY CABRA, Marco Gerardo.

<sup>126</sup> Corte Constitucional Sentencia C 542 de 1998. Expediente D- 2038. MP Hernán Herrera Vergara

<sup>127</sup> Consejo de Estado No. de Rad.: 5520-00

población perteneciente a los niveles 1 y 2 del SISBEN, con las poblaciones especiales (población infantil abandonada, indigentes, artistas, autores y compositores) y con las poblaciones del área rural, indígena y urbana, al igual que determinó la prioridad de los potenciales afiliados de cada uno de los anteriores grupos, función esta última que le fue asignada al CNSSS mediante el parágrafo 4 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, según el cual, dicha institución definirá y reglamentará los grupos de afiliación prioritaria al subsidio.<sup>128</sup>

- **SISBEN**

El SISBEN es un programa de focalización del gasto social descentralizado, diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado y operado por los distritos y los municipios. Consiste, básicamente, en la recolección, a través del mecanismo de la encuesta, de la información que se requiere para completar la denominada ficha de clasificación socioeconómica. Dicha ficha, tras ser procesada y sistematizada por medio de una aplicación especial creada para estos efectos, arroja un puntaje que permite ubicar a la familia o individuo encuestado en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos.

Las normas que crean la mayoría de los programas sociales que funcionan con base en la asignación de subsidios a la demanda (programas de la Red de Solidaridad Social, régimen subsidiado de seguridad social en salud, programas para ancianos indigentes, etc.) han establecido que los beneficiarios de los mismos están constituidos por las personas o familias localizadas en los niveles 1 y 2 y, excepcionalmente, en el nivel 3 del SISBEN, los que, se supone, están compuestos por la población más pobre y vulnerable de Colombia.

---

<sup>128</sup> Cita Sentencia Corte Constitucional C-577 de 4 de diciembre 1995, con ponencia del Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, por medio de la cual se declaró la inexecutable de los artículos 156, literal m (parcialmente), 204, inciso 2, y 172, parágrafo 3, en cuanto ordenaban la adopción por el Gobierno de las decisiones aprobadas previamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

"De lo anterior, se desprende la importancia constitucional del SISBEN como instrumento que contribuye, de manera fundamental, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución Política. El señalado mecanismo de focalización del gasto social constituye el primer paso del proceso de asignación de unos recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana y, por tanto, se erige en una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados (C.P., artículo 13). Esta constatación, ha permitido que la Corte establezca el derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de acceder al SISBEN de manera igualitaria y, a la vez, el deber correlativo de las autoridades estatales encargadas de la administración e implementación de este programa de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a que éste cumpla con su objetivo constitucional a cabalidad.

**3.4.2 Titulares del derecho.** Resulta importante recordar que de acuerdo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo N° 1 de 2005 se encuentran exentos de la aplicación de la misma los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía; los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y los servidores públicos y pensionados de ECOPETROL, por cuanto al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, ellos tenían su propia regulación.

Pero no significa lo anterior que las normas del sistema de Seguridad Social no le aplicables cuando se estime que estas le son favorables según lo dispuesto en el artículo 288 del estatuto de seguridad social; Es decir, que frente a todos los servicios del Sistema de Seguridad Social Integral, opera el principio de favorabilidad.

La Ley 100 de 1993 establece que el Sistema de Seguridad Social no se aplicara cuando vulnere los derechos a la dignidad humana de los afiliados al sistema, en cuyo caso tendrán plena eficacia y validez los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de nuestra Carta Política.

La Constitución de 1991 igualmente “distingue entre el derecho a la salud como un servicio público a cargo del Estado (artículo 49), y de manera independiente contempla también el Derecho a la Seguridad Social Integral que se deriva del artículo 48 dentro del cual encontramos la Seguridad Social en Salud, uno y otro derecho están orientados a un fin último que es el de asegurar el bienestar y la integridad de sus asociados y proteger la vida y salud de éstos y sus respectivos núcleos familiares. En esa medida, según reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, ambos podrán adquirir el carácter de derecho fundamental siempre que su vulneración ponga en riesgo derechos como la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo, entre otros”<sup>129</sup>

Bajo estos supuestos, el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 determina como finalidad del sistema la regulación del servicio de salud y la creación de condiciones de acceso a toda la población en los distintos niveles de atención en donde la prestación del servicio de haga dentro de los parámetros de una optima calidad.

Con la modificación del sistema de seguridad social en salud se pretende de acuerde a la Ley 1122 del 9 de enero de 2007. En su artículo 1° “realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización y mejoramiento en la

---

<sup>129</sup> CORTÉS HERNÁNDEZ. Op cit p,

prestación de los servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud”.<sup>130</sup>

Los aspectos más importantes la reforma y los cuales se destacan son: El artículo 153 que señala como principios rectores del Sistema Seguridad Social en Salud la equidad, obligatoriedad, protección integral, la escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administra, la participación social, concertación y calidad, 159 del mismo estatuto el cual garantiza a los afiliados al sistema la debida organización y prestación del servicio público de salud, para lo cual las EPS prestarán los servicios del POS a través sus respectivas IPS; brindarán atención de urgencias en todo el territorio nación habrá libertad de escogencia y traslado entre entidades, y se establecerán mecanismos de participación de tal manera que los afiliados puedan ejercer control sobre el funcionamiento de las diversas entidades del sistema.

El artículo 160 ibídem señala entre otros deberes de los afiliados y beneficiarios: procurar el cuidado integral de su salud; la afiliación al Sistema de Seguridad en Salud y la vinculación a éste de su grupo familiar; facilitar el pago y pagar cuando le corresponda las cotizaciones y erogaciones a que haya lugar. Así mismo señala el artículo siguiente como deberes de los empleadores la obligatoriedad de inscripción de sus trabajadores a la EPS que pueda coartar su libre escogencia; cumplir con el pago de los aportes descontando a los trabajadores lo de ley y girando a la EPS el *paz y salvo*, correspondiente; informar las novedades de sus afiliados, y garantizar el medio ambiente laboral sano.

---

<sup>130</sup> Ley 1122 del 9 de enero de 2007. Artículo 1.

### 3.5 ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE SALUD

Como órganos que integran el Sistema de Seguridad Social en salud tenemos:

Las entidades de Control, dirección y vigilancia, conformados por el Ministerio de la protección Social, La superintendencia Nacional de Salud y la Comisión de Regulación en salud.

El Ministerio de la protección social tiene como función “la dirección nacional del sistema de salud y por tanto es el encargado de formular las políticas, planes y proyectos que orienten los recursos y las acciones del sistema, labor que desarrolla de acuerdo a los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que apruebe el Congreso de la Republica”<sup>131</sup>

La Comisión de Regulación en Salud le corresponde la modificación y definición del POS el cual se debe garantizar a los afiliados al sistema.

La superintendencia Nacional de Salud tiene como objetivo el procurar la eficiencia del sistema vigilando el cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que tienen relación con la organización y funcionamiento de las EPS.

Ahora los entidades de administración y financiación del sistema de salud están conformado por las Direcciones distritales, seccionales y locales de salud quienes brindan apoyo y participan en el desarrollo de las actividades y programas encaminados a la protección en salud de la comunidad. El fondo de solidaridad y garantía como una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica, sin planta de personal el cual se maneja a través de encargo fiduciario, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

---

<sup>131</sup> CORTÉS HERNÁNDEZ. Op cit., ps 90 - 91

Las Empresas Promotoras del Servicio de Salud a quienes les corresponde la afiliación y el registro de los afiliados, así como el recaudo de las cotizaciones. Su función principal es la garantía organización y prestación del POS.

### **3.6 LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

De acuerdo al Decreto Reglamentario 806 de 1998, el Sistema de Seguridad Social en Salud como servicio público contempla los siguientes planes de beneficios:

- El Plan de Atención Básica en Salud;
- El Plan Obligatorio de Salud tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado;
- La atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, y
- La atención integral de urgencias.
- Plan de Atención Básica en Salud (PAB)

La última reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual introdujo la Ley 1122 de 2007 en su artículo 32 establece que “La salud pública está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad”<sup>132</sup>. La norma que lo precede determina los alcances que debe considerar el Plan Nacional de Salud Pública y el párrafo 2° el cual exige a las Entidades Promotoras de Salud

---

<sup>132</sup> Ley 1122 de 2007, Artículo 32.

y a las entidades territoriales presentar cada año un proyecto de acción que deberá ser valorado por el Ministerio de la Protección Social.

El artículo 165 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 define el PAB como un plan cuyos contenidos son definidos por el hoy Ministerio de la Protección Social en desarrollo del artículo 49 de la Constitución Política, de carácter obligatorio y gratuito, dirigido a todos los habitantes del territorio nacional, prestado directamente por el Estado y sus entidades territoriales o por particulares mediante contrato con el Estado.

Este plan tiene como propósito la realización de campañas en los Municipios orientadas a la educación y prevención sobre el riesgo de enfermedades tipo sexual; prevención y control del consumo de sustancias alucinógenas y alcohol, igualmente la erradicación de patologías virales.

### **3.7 EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD COMO BENEFICIO QUE BRINDA EL SISTEMA A SUS AFILIADOS**

El plan obligatorio de salud lo podemos definir, como un conjunto básico de servicios de salud que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), deben prestar a sus afiliados.

En los términos del artículo 162 del Estatuto de la Seguridad Social este plan está orientado a lograr la protección integral de las familias en cuanto tiene que ver con la maternidad y la enfermedad general en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

En cuanto a la cobertura prestacional del POS, el mismo artículo citado distingue entre los afiliados cotizantes según las normas del Régimen Contributivo, para quienes se estará a lo contenido en el Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica; y los otros beneficiarios de la familia del cotizante, para quienes el POS será similar anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención.

Así entendido el POS, su cubrimiento podemos encontrarlo orientado a proteger dos tipos de contingencias: la maternidad y la enfermedad general, para las cuales el sistema ha estructurado dos tipos de prestaciones: las asistenciales y las económicas.

Las prestaciones asistenciales las definimos como el conjunto de servicios médico – hospitalarios, de suministro de medicamentos, exámenes etc., que el sistema le presta a los usuarios.

Las prestaciones económicas corresponden a los subsidios por incapacidades que recibe el afiliado al sistema cuando no se encuentra en condiciones de realizar las actividades laborales. Ya sea por enfermedad general o licencia de maternidad.

**3.7.1 La Protección de la Enfermedad General.** El Sistema de Seguridad Social en Salud también contempla dos tipos de prestaciones por enfermedad general como prestaciones asistenciales:

“Comprenden los niveles de prevención, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades generales o comunes”<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> CORTÉS HERNÁNDEZ. Op cit..p

El cobertura por parte de la EPS cuando se trata de trabajadores dependientes; es decir aquellas personas vinculadas a través de un contrato laboral se inicia al día siguiente en que se diligencia debidamente el formulario de ingreso, pero la cobertura de los primeros treinta (30) días solo se prestará a través de los servicios de urgencias. Los demás servicios serán prestados después de esa fecha una vez realizado el pago del aporte. Cuando se trata de trabajadores independientes, la prestación de los servicios de salud para ellos y su núcleo familiar se inicia de manera inmediata, pues tratándose de trabajadores independiente el pago de los aportes es anticipado, mientras que los trabajadores dependientes su pago es por mensualidad vencida.

Esta atención a la prestación de los servicios de salud comprende los servicios médicos, paramédicos y asistenciales tanto a nivel ambulatorio como de hospitalización. Igualmente contempla la práctica de exámenes y toda clase de procedimientos, como también el suministro de medicamentos. La rehabilitación comprende además de la continuidad en el tratamiento y las terapias, el entrega de prótesis de acuerdo a la prescripción médica; es decir al concepto del médico.

El Decreto 806 de 1998 permite al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud establecer un conjunto exclusiones y limitaciones para el POS. La exclusión es aquella atención no prevista en el Plan Obligatorio de Salud - POS y de acuerdo a la regulación vigente solo comprenderá aquella atención que no contribuya al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, al igual que los procedimientos o intervenciones que sean consideradas como cosméticos, estéticos, suntuarios o sean el resultado de tales tratamientos o procedimientos.

Tal regulación estableció un listado de exclusiones y limitaciones, citamos al menos aquellas que suelen ser más recurrentes: cirugía estética o con fines de embellecimiento; tratamientos nutricionales con fines estéticos; tratamientos para la infertilidad; tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas

a nivel mundial o aquellos de carácter experimental; tratamientos o curas de reposo o del sueño; medias elásticas de soporte; corsés; sillas de ruedas; plantillas; zapatos ortopédicos; lentes de contacto; medicamentos que no se encuentren expresamente autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica; transplante de órganos, con excepción de aquellos de reconocida eficacia, como son el transplante renal, de médula ósea, de corazón y de córnea; tratamiento de periodoncia, ortodoncia y prótesis en la atención odontológica; tratamiento de várices con fines estéticos; actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas, de cualquier otra índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación.

El acuerdo 8 de 1994 aprobó dentro del POS los siguientes tratamientos de alto costo clasificándolos como catastróficos o ruinosos: tratamiento con quimioterapia o radioterapia para cáncer; transplante de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica; tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; tratamiento médico quirúrgico para el paciente con trauma mayor; tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos; tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central; tratamiento para enfermedades de origen genético o congénito, y reemplazos articulares.

Es pertinente señalar que todos estos tópicos ya conocidos han sido objeto de reiteradas modificaciones bien sea por vía de sentencias de tutela como por la sucesiva reglamentación, lo cual obligan a consultar en cada caso sobre la vigencia de la normatividad que los regula. Así por ejemplo, el Acuerdo 336 del 19 de mayo de 2006 emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante el cual se actualiza parcialmente el manual de medicamentos del POS y se incluyen otras prestaciones, entre otros aspectos ordena la inclusión en el POS tanto dentro del Régimen Contributivo como en el Subsidiado de los medicamentos y actividades prescritos para la prevención, diagnóstico y

tratamiento de pacientes con enfermedad renal crónica y VH/SIDA. Así mismo, el artículo 5° ibídem incluye dentro del POS en ambos regímenes la Prueba de Genotipificación para el VIH a partir del 1° de enero de 2007.

Recapitulando el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 después de aclarar que el Sistema de Seguridad Social en Salud no podrá aplicar ningún tipo de preexistencia, contempla la posibilidad de exigir unos períodos mínimos de cotización para algunos servicios de alto costo. Para tal efecto, el Decreto 806 de 1998 ordenaba que dichos períodos para tener derecho a la atención en salud eran los siguientes:

Grupo 1. Un máximo de cien (100) semanas de cotización, de las cuales al menos veintiséis (26) deberán haber sido cotizadas en el último año, para el tratamiento de las enfermedades definidas como ruinosas o catastróficas de nivel IV en el POS.

Grupo 2. Comprende las enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo que se encuentren dentro del grupo 8 del manual Mapipos, en cuyo caso se exige un máximo de cincuenta y dos (52) semanas de cotización, de las cuales por lo menos veintiséis (26) deben haber sido pagadas dentro del año anterior.

Con la modificación del Sistema General de Seguridad Social en Salud de 2007, el literal h) del artículo 14 preceptúa: “No habrá períodos mínimos de cotización o períodos de carencia superiores a 26 semanas en el Régimen Contributivo. A los afiliados se les contabilizará el tiempo de afiliación en el Régimen Subsidiado o en cualquier EPS del Régimen Contributivo para efectos de los cálculos de los períodos de carencia”.<sup>134</sup> El literal j) ibídem contempla por su parte que: “En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el Plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a

---

<sup>134</sup> Modificación del Sistema de Seguridad Social en Salud, Ley 1122 de 2007.

consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre la EPS y el FOSYGA. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo dentro de los 6 meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley.

De otra parte el Decreto Reglamentario 47 de 2000 ordena que para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general se requerirá haber cotizado por lo menos cuatro (4) semanas ininterrumpidas y completas; de la misma manera preceptúa, como ya tuvimos oportunidad de manifestarlo, que para tener acceso a la licencia de maternidad se requerirá haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación. No obstante lo anterior, el artículo 62 del mismo Decreto 806 ordena que serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera la atención inicial de urgencia, la atención integral del embarazo, parto y puerperio, y la atención del recién nacido.

En el mismo orden de ideas podemos mencionar que el Decreto 806 de 1998 ordena que serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad que se hagan en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también la atención inicial de urgencia. En ningún caso podrá aplicarse períodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS, pues este quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los servicios incluidos en el POS.

Así pues a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios han profundizado en lo que tiene que ver con los beneficios contemplados en el Sistema de Seguridad Social en Salud así como en los requisitos para acceder a

tales derechos. No obstante ello, son constantes las demandas que por vía de la acción de Tutela solicitan la protección del derecho de los afiliados a la salud, a la Seguridad Social y a la vida, ante su presunta vulneración por parte de las diferentes EPS. Consecuencialmente y continuando con el esquema que hemos abordado para su estudio, seguidamente mencionare algunas de las sentencias proferidas sobre los asuntos más frecuentes.

Empezare, diciendo que uno de los principales problemas que encuentran los afiliados al sistema es el hecho de tener que someterse a largas e inaceptables esperas para lograr la atención en salud, como por ejemplo la hospitalización o práctica de un determinado examen. Frente a esto la Corte Constitucional se pronuncio en Sentencia T-889 de 2001 expresando: “De poco sirve el remedio o la terapia que se dispensan con retraso cuando, como acontece generalmente, se combaten patologías que se desarrollan progresivamente aumentando la afección y el dolor, llegando incluso hasta el punto de comprometer la propia existencia y la vida digna” <sup>135</sup>. Seguidamente manifiesta la Corte que no obstante aceptar la espera razonable para la práctica de determinados procedimientos, el hecho de que la EPS no cuente con recursos inmediatos jamás podrá ser razón suficiente para posponer o dilatar indefinidamente la prestación del servicio de salud en aquellos casos en los que está directamente comprometido el derecho a una vida digna y a aliviar los sufrimientos que impiden el goce efectivo del derecho a la integridad.

Otra situación frecuente son los pagos que deben realizar los usuarios del sistema ante el tratamiento o los procedimientos que conllevan las enfermedades ruinosas o catastróficas y aún más cuando no se han alcanzado los períodos mínimos de cotización. En tales situaciones las EPS manifiestan su negativa a llevar a cabo la prestación del servicio hasta tanto el afiliado no se ponga al día o cubra la parte

---

<sup>135</sup> Corte Constitucional .Sentencia T-889 de 2001. MP Manual José Cepeda espinsa.

del pago que le correspondería, y problema algido surge precisamente cuando el usuario no reúne las condiciones económicas para realizara el pago de las cotizaciones exigidas por las entidades.

Por tal razón la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones asegurando que la EPS por encima de cualquier consideración deberá atender la necesidad urgente de su afiliado. Entre otras, resulta pertinente con el tema la Sentencia T-041A de 2001, en la cual el máximo Tribunal Constitucional no obstante admitir que las EPS al exigir los aludidos pagos o exigir las semanas mínimas de cotización actúan conforme a las normas que regulan el tema, en algunos casos como por ejemplo cuando se tiene la urgencia de aplicar una quimioterapia indispensable para el paciente, deberán en todo caso garantizar la prestación asistencial a pesar de que aquél no cumpla con los requisitos usualmente establecidos para tales casos. Dijo la Corte en la sentencia aludida: tenemos que por encima de la norma legal invocada por el demandado deben protegerse los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y a la seguridad social de la actora por parte del Estado. Por lo tanto, la demandada, a la cual está afiliada la accionante, debe asumir el pago del tratamiento cubriendo el valor en el porcentaje que para la fecha de cumplimiento de este fallo sea equivalente al número de semanas cotizadas, debiendo el Estado responder por el excedente.

De igual manera, a través de la Sentencia T-370 de 1998 la corte ha dicho: “La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es dable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (art. 1\* de la Constitución) y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y art. 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico

para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal”<sup>136</sup>.

Pronunciamientos de la corte sobre el tema sirvieron de medio para solucionar un grave problema como es el garantizar al afiliado la atención de la salud, el suministro de medicamentos o la práctica de procedimientos indispensables para recuperación de su salud.

Por lo tanto, tratándose de salud, todas aquellas prestaciones articuladas al ejercicio del derecho que comportan, deben exigirse en primer término a la EPS de acuerdo con la normatividad expedida para el efecto. Por lo tanto: ante la imposibilidad de exigir a la EPS desde el punto de vista del costo económico la totalidad de la prestación por no haberse cumplido los requisitos legalmente establecidos, o por no estar contemplada dicha prestación dentro del POS, podrá ser llamado el propio afiliado a cubrir parte proporcional del costo económico de la prestación.

Pero si en este último evento el afiliado carece de los recursos necesarios para cubrir la parte que le corresponda entonces lo procedente será recurrir a la solidaridad de todos y cada uno de los afiliados al sistema, es decir, se buscará la financiación económica por parte del Fosyga. Si aún así los recursos siguen siendo insuficientes, los postulados de nuestro Estado Social de Derecho obligan al ente Estatal a obtener y proporcionar los recursos necesarios para brindar tal garantía, y de ello resultar necesario lo hará a través de sus propias instituciones. Esta posición atiende a la interpretación de nuestra Carta Política conforme a la cual es una obligación del Estado garantizar, incluso con sus propios recursos, la salud y en últimas la calidad de vida de sus asociados.

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional Sentencia T-370 de 1998.MP. Alfredo Beltrán Sierra

## CAPITULO IV

### 4. PATRON HERMENEUTICO QUE EMPLEAN LOS JUECES PARA INAPLICAR LAS NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD REGIMEN CONTRIBUTIVO.

#### 4.1 EXPLORACIÓN DE CASOS

En el proceso de observación, y a efectos de determinar la estructura hermenéutica en las decisiones de los Jueces de Bucaramanga y las decisiones de la Corte Constitucional con relación a la protección de derechos fundamentales vinculados a la Salud y a la vida de las personas, se expondrá el contenido de las decisiones de mayor relevancia y que aparecen citadas en los fallos judiciales.

**4.1.1 Problema hermenéutico generado por las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud. POS.** Medicamentos o procedimientos formulados por el médico tratante de la EPS pero excluidos del Plan Obligatorio.

Negativa de la EPS a su suministro.

Con relación a este problema la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha creado un sistema de reglas que permiten al Juez de tutela inaplicar normas de inferior jerarquía y otorgar protección a la salud, la vida o la integridad personal del paciente.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada, en el sentido de que procede la inaplicación de la reglamentación que excluye medicamentos, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

*a) que la falta del medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de la persona;*

*b) que el fármaco o procedimiento 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 el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;*

*c) que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud; y*

*d) que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo<sup>137</sup>.*

**4.1.1.1 Algunos casos.** La EPS se niega al suministro de medicamentos -no POS- formulados por el médico tratante de una persona de la tercera edad beneficiaria del régimen contributivo, bajo el argumento que se esta suministrando un medicamento genérico.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Corte Constitucional Sentencias SU-111 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz SU-480 de 1997 MP Alejandro Martínez Caballero ; T-236 de 1998 MP Fabio Morón Díaz ; T-283 de 1998, MP Fabio Morón Díaz T-560 de 1998 MP Jaime Araujo Renteria, T-409 de 2000 y T-704 de 2004.MP Alfredo Beltran Sierra.

<sup>138</sup> Por otro lado, observa la Sala que la entidad accionada no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la señora Delia Maria López de López ya que ha recibido un medicamento genérico incluido dentro del plan obligatorio para tratar su enfermedad, sin que a la fecha de la presentación de la tutela haya manifestado su inconformidad con el mismo, lo que nos lleva a concluir que la enfermedad se encuentra controlada. Así, esté requisito para la inaplicación de la normas del P.O.S. no se cumple.

En este Caso la Corte Constitucional negó la tutela de los derechos a la salud y la vida de una persona de la tercera edad.<sup>139</sup>

Negativa de la EPS a suministrar medicamentos o procedimientos ordenados por el médico de la Red por falta de período mínimo de cotización.

Resulta importante establecer que los períodos mínimos de cotización se redujeron a un período no superior a 26 semanas en el régimen contributivo.<sup>140</sup>

**4.1.1.2 Problema hermenéutico por la decisión de los jueces de inaplicar normas del POS por exclusiones ante Enfermedades Catastróficas y ruinosas.** La Jurisprudencia Constitucional ha sostenido que en casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio relacionado con la salud. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto en estos casos, los afiliados que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinoso, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que les correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos los costos del tratamiento serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, que tendrá la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.<sup>141</sup>

La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, y en la conservación del valor de la vida, se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un

---

<sup>139</sup> Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-004 de 2006.MP Alfredo Beltran Sierra

<sup>140</sup> Artículo 14, literal h) de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007.

<sup>141</sup> Corte Constitucional SU-480 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero

tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal.<sup>142</sup>

- **Identificación de la Regla Constitucional de aplicación**

- Que el paciente padezca una enfermedad ruinosa o catastrófica o,
- Que exista peligro para la vida o la integridad personal del paciente.
- Que el paciente no posea capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento.
- Problema generado por la decisión del Juez de inaplicar normas ordenando que el paciente del régimen subsidiado sea atendido en un procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud sin el pago de la cuota moderadora

Dada la importancia de conocer el significado y alcance de los términos que se utilizan por las normativas que regulan en sistema de salud, se desarrollan algunos de los mas importantes:

**4.1.1.4 Análisis hermenéutico con relación al problema planteado.** Sobre este problema la Jurisprudencia Constitucional<sup>143</sup> ha señalado que cuando una persona requiere de un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener la capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá inaplicar la normatividad y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger su derecho fundamental a la vida, en conexidad con el derecho a la salud. La prestación del servicio se hará sin perjuicio del cobro al Fosyga o a la entidad territorial, según sea el caso, del valor que haya cubierto la entidad y que le correspondía pagar al paciente.

---

<sup>142</sup> Corte Constitucional No. de Rad.:T-041A-01. Sentencia T- 370 de 1998 MP Alfredo Beltran Sierra.

<sup>143</sup> Corte Constitucional sentencia de tutela T -001 de 2006

- **Identificación del conflicto entre la norma superior que protege el derecho fundamental a la salud y la norma de inferior jerarquía que lo excluye**

La Corte Constitucional ha expuesto la subregla antes señalada de la siguiente manera: *"El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria. No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo".*<sup>144</sup>

- **Estructura hermenéutica de la decisión**

La Corte ha aclarado que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes *"no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones"*<sup>145</sup> (...):

---

<sup>144</sup> Citada en sentencia T -001 de 2006

<sup>145</sup> Corte Constitucional sentencia de tutela T -001 de 2006 MP Manuel Isidro Ardila Velásquez

- 1- Verificar si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del P.O.S.S - Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida del interesado, en el sentido señalado anteriormente.
- 2- Verificar que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el P.O.S.S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud.
- 3- Adicionalmente, se debe comprobar la incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.
- 4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un medico adscrito a la ARS - Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.

Una vez verificados estos cuatro puntos, la jurisprudencia ha señalado que el juez de tutela tiene dos alternativas para la protección efectiva de los derechos fundamentales del accionante. Una primera alternativa consiste en ordenar a la EPSS<sup>146</sup>. gestionar ella misma la prestación del tratamiento, procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, siempre y cuando se encuentre en la capacidad de realizarlo, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) o bien contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva.

Sobre esta última posibilidad, la de repetir contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva, es importante señalar que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 214 de la ley 100 de 1993, los recursos que

---

<sup>146</sup> La Ley 1122 del 9 de enero de 2007 sustituyó el termino ARS por el de EPS administradora de recursos del régimen subsidiado EPSS.

destinen las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud, se manejan como una cuenta especial aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local. Adicionalmente, los artículos 43 y 45 de la ley 715 de 2001 que se refieren a las competencias de los departamentos y distritos en materia de salud, señalan dentro de sus funciones, la de gestionar la prestación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda mediante instituciones prestadoras del servicio de salud públicas o privadas, y la de financiar directamente con recursos propios la prestación de servicios de salud a la población más pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

En lugar de decidir que la EPSS gestione directamente la práctica de un tratamiento o el suministro de medicamentos con posibilidad de repetir contra el FOSYGA o contra la Secretaría de Salud respectiva, el juez de tutela tiene una segunda alternativa que consiste en ordenar a la ARS coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario<sup>147</sup>.

#### **4.1.2 Criterios hermenéuticos para la protección del derecho fundamental a la Seguridad social y protección a la Infancia**

**4.1.2.1 Criterio hermenéutico de protección.** Los derechos a la salud y la seguridad social corresponden, tradicionalmente, a la categoría de derechos prestacionales cuya protección por vía de tutela está sujeta a un vínculo de conexidad con derechos de naturaleza fundamental. Sin embargo, la Constitución

---

<sup>147</sup> Esta regla está contenida en sentencias como la T-264 de 2004 con ponencia de Alvaro Tafur Galvis. En esa misma sentencia se explica que la dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: Por un lado, con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y por el otro, con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. El punto común de estas dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental del peticionario, generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona, lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela.

privilegia a los niños por la condición de debilidad e indefensión en que se encuentran y, por lo mismo, señala expresamente que sus derechos a la salud y la seguridad social, entre otros, adquieren rango fundamental. Los artículos 13, 42, 44, 50, 53, 68 y 356 de la Carta reconocen la especial protección a favor de los menores, asignando responsabilidades a la familia, la sociedad y el Estado. Así, aún cuando corresponden a la denominada categoría de derechos sociales, económicos y culturales, su protección por vía de tutela es autónoma e independiente.

El ordenamiento constitucional no sólo confiere a los niños una serie de derechos fundamentales que no reconoce a los restantes sujetos de derecho, sino que, adicionalmente, establece que dichos derechos tendrán prevalencia sobre los derechos de los demás. En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. art. 44).

Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado : la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las

opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos. Estas y otras consideraciones explican que la Constitución declare, de manera expresa, la especial protección constitucional que merecen los derechos fundamentales de los niños en el territorio nacional.

Conforme lo dispone el artículo 44 de la Constitución, son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Añade la mencionada disposición, que los menores serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Sin embargo, a fin de que los derechos mencionados no excluyan otros que, pese a no ser fundamentales, resultan de la mayor importancia para el adecuado desarrollo del niño, el artículo 44 señaló que los menores gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La anterior posición, reiterada en múltiples oportunidades por la Jurisprudencia Constitucional, encuentra mayor sustento cuando se analiza a la luz del artículo 93 de la Constitución, que indica la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos humanos adoptados por Colombia y la interpretación de los derechos a la luz de tales disposiciones. Así, por ejemplo, la Convención sobre derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1989 e integrada al ordenamiento interno mediante la ley 12 de 1991, dispone en su artículo 26 que los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y

adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación nacional.

#### **4.1.3 Excepción de inconstitucionalidad. Inaplicación de la exclusión de tratamientos paliativos para una persona de la tercera edad que padece enfermedad catastrófica.**

**4.1.3.1 Estudio del caso.** Una persona de la tercera edad (81 años) que padecía de una enfermedad catastrófica solicitó a la EPS (Estado) le brindaran los cuidados paliativos prescritos por el médico tratante de debido a que padecía de cáncer de cervix recidivante irrecatable, que le fueron negadas. La Corte consideró, no obstante la muerte del peticionario en el trámite de la acción, que el paciente en estas circunstancias no está destinado a ser abandonado a la fatalidad sino que tiene derecho a que se le garanticen unas mínimas condiciones para aliviar sus dolencias y abrigarle esperanzas de recuperación y de prolongación de la vida amenazada, si ese es su deseo. El Estado debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación brindarles los tratamientos paliativos del dolor.<sup>148</sup>

#### **4.1.3.2 Regla hermenéutica de la decisión de inaplicación de normas que excluyen la protección de derechos fundamentales a la salud de niños y niñas, tratándose de enfermedades catastróficas**

- **Estudio de un caso**

Una señora en representación de su hijo menor de edad (2 años) le fue diagnosticado cáncer frontal craneal, donde la niña ha perdido la visión progresivamente, pues le ha invadido las fosas nasales. En razón a que el

---

<sup>148</sup> Corte Constitucional Sentencia T-560 DE 2003 MP Jaime Córdoba Triviño

SISBEN no cubre una serie de procedimientos como la resonancia magnética y los exámenes de laboratorio, se le hicieron exigencias económicas que no puede cumplir, aunque vendió sus bienes para costear el tratamiento. La Corte precisó que el derecho a la salud de los niños tiene carácter fundamental y no pueden las instituciones de salud oponer obstáculos de tipo legal ni económico para el tratamiento de un menor que padece de una enfermedad catalogada como ruinosa o catastrófica. Se ordenó que mientras le es practicada una encuesta SISBEN para determinar el nivel de pobreza y hasta tanto la menor sea afiliada a una ARS, le brinde de manera integral e inmediata todos los servicios que pueda requerir con ocasión de su enfermedad, sin aducir obstáculos de tipo económico para ello.<sup>149</sup>

- **Identificación de la regla hermenéutica**

Se establece en esta regla jurisprudencial que en aras de prestar un tratamiento diferencial positivo, con el objetivo de preservar principios como la igualdad sustancial y el tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta, aquellas entidades ya sean públicas o privadas encargadas de prestar el servicio público de salud, tienen el deber de realizar todas las diligencias necesarias con el fin de garantizar la continuidad del servicio, para evitar que aquellas personas que requieran de la prestación del servicio médico no vean menguada su salud, ante la inoperancia de las entidades prestadoras del citado servicio, las cuales suelen escudarse en que no les corresponde, sin hacer el más mínimo esfuerzo para preservar la salud de la población más vulnerable. Por ello, ha insistido la Corte en que no es suficiente comunicarle al demandante que conforme a lo dispuesto en normas legales, no le pueden cubrir los servicios solicitados, ni basta con señalar que existen instituciones de carácter público o privado con las cuales el Estado tiene contrato de prestación de servicios, sin especificar claramente cuáles son, cómo se acude a ellas, etcétera. Esa escasa

---

<sup>149</sup> Corte Constitucional sentencia de Tutela T-557 DE 2003 MP Clara Inés Vargas Hernández

información, en concepto de la Corporación, vulnera efectivamente los derechos del peticionario desconociendo sus derechos fundamentales a la salud y su relación directa a la vida en condiciones dignas. En ese sentido, se ha dicho que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado se le niega un servicio por no estar contemplado en el POSS, la Administradora del Régimen Subsidiado y las autoridades administrativas del sector salud tienen la responsabilidad de informarle claramente al interesado cuál entidad le prestará el servicio y acompañar al afiliado en el trámite para reclamar la atención solicitada, con el objeto de garantizar que se lleve a cabo. <sup>150</sup>

#### **4.1.4 Problema planteado por negación de servicios de salud complementarios a niños y niñas. Traslado del acompañante**

**4.1.4.1 Identificación del supuesto fáctico que niega el derecho.** Una EPS del Estado se niega a suministrar los pasajes que permitan el traslado del acompañante de un menor de edad para que lo asista dentro de los controles médicos de neuropediatría que requiere. El menor de 2 años padece del síndrome de West, enfermedad que ocasiona un freno a su desarrollo psicomotor junto con anormalidades en su sistema nervioso. Depende absolutamente de la asistencia de un adulto desde Leticia hasta Bogotá.

**4.1.4.2 Planteamiento Jurisprudencial que soluciona el problema y construcción de regla de inaplicación de la norma inferior.** La Corte manifestó que el acceso de la atención en salud de los menores de edad está íntimamente ligado con la accesibilidad, que materializa el ejercicio efectivo del derecho fundamental. Esta prerrogativa, al carecer los niños de la autonomía suficiente para desplazarse por sí solos al centro asistencial, incluye la necesidad de la asistencia de un acompañante durante el traslado, siendo la familia el

---

<sup>150</sup> Corte Constitucional Sentencia T-725/02 MP Clara Inês Vargas Hernández

principal obligado a tal prestación, por lo que el Estado, de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado, según el caso, sólo asume la responsabilidad de manera subsidiaria, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional, cuando: (i) se está ante el incumplimiento de la regulación sobre transporte de pacientes, que obliga a una EPS o a una ARS a prestar el servicio bajo ciertas circunstancias (ii) el paciente no pueda desplazarse por sus propios medios, ni su familia cuente con los recursos suficientes para ayudarlo a acudir a los servicios de la entidad prestadora de servicios de salud a la cual está afiliado (iii) tal situación ponga en riesgo su vida o su integridad, y (iv) pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, no existen posibilidades reales y razonables con los cuales poder ofrecer ese servicio. La Corte concluye en el presente caso que a la EPS le asiste el derecho de repetir lo que pague ante el Fosyga (subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social).<sup>151</sup>

#### **4.1.5 Problema hermenéutico frente a la situación de inaplicación de normas para la protección de niños y niñas multiimpedidos**

**4.1.5.1 Planteamiento fáctico.** Se presenta tutela a nombre de los niños: (quien padece un grave problema neurológico, con un cuadro complejo de parálisis cerebral, limitación visual, cuadraplejía espástica, desplazamiento de cadera, retardo del desarrollo sicomotor, alteraciones del lenguaje y reflujo gastroesofágico, de tres años pero representa cinco meses), (quien es retardado mental, sordomudo y casi ciego, de siete años pero representa nueve meses), (quien presenta síndrome de retardo sicomotor, con convulsiones frecuentes y cuadro compulsivo severo, tiene cinco años pero representa diez meses), (quien es multiretardada mental por un daño a nivel cerebral y tiene ceguera cortical) y

---

<sup>151</sup> Corte Constitucional Sentencia T-350 DE 2003.MP Jaime Córdoba Triviño

(con hipoacusia severa, sordera congénita y retardo mental entrenable, tiene quince años pero representa cuatro años). Las madres están afiliadas a una EPS, (afiliación vigente) institución que venía atendiendo a los menores, quienes habían logrado algunos adelantos y cierta mejoría por la terapia que se les venía dando, lo cual repercutía en su autoayuda. Se había contratado la atención de los niños con el Centro para limitados visuales y auditivos, que según se dice es una entidad idónea para el tratamiento terapéutico de los niños, con equipo multidisciplinario que se había encargado de los cinco niños. Ese contrato se sustentaba en un Convenio de servicios de salud, por la modalidad de adscripción, prorrogable sucesivamente por el término de un año. No hubo problema alguno hasta cuando la EPS canceló el contrato que había suscrito con el Centro y por lo tanto cesó la atención para los menores enfermos. Según se informa, fue directamente la EPS quien ordenó que se iniciaran nuevos procesos de contratación. Pero, solo hasta 1999, se comunicó a la Gerente del Centro para limitados visuales y auditivos que debido a la situación financiera de la EPS "es difícil ampliar nuestra red de servicios de salud, lo que significa que en esta primera fase (la EPS) no podrá contratar con la Institución que usted dirige". Fue así como los cinco niños discapacitados quedaron desatendidos.

**4.1.5.2 Planteamiento hermenéutico.** Para la Corte en un Estado Social de Derecho la protección de los derechos fundamentales debe ser real y precisamente la garantía de la tutela apunta hacia tal finalidad. Dentro de esos derechos fundamentales están el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, los cuales están íntimamente ligados al derecho a la salud y por ende a la seguridad social. La seguridad social en salud en Colombia tiene como principio el de la "integridad". Si se trata de un menor, y, además, disminuido físico, éste no solamente está protegido por las normas constitucionales que ordena que esa atención tiene que ser especializada porque, entre otras razones, las personas que se encuentran en esa condición de debilidad manifiesta, son sujeto de la atención adecuada a su situación. En el constitucionalismo humanista, el hombre

es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad. La atención a un niño discapacitado incluye la atención casera de los padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad de sus hijos. Pero no siempre a eso se puede reducir la atención. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado.

Esta Corte Constitucional en el caso de los niños enfermos del síndrome de dawm, indicó que la EPS no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales. Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno). Para ello se requiere que haya elementos materiales y funcionales que humanicen el tratamiento, y un sistema organizativo que los desarrolle hasta el máximo punto posible.

La eficacia en la prestación del servicio es un derecho positivo de las personas frente al Estado y frente a las EPS y, consecuentemente, es un deber de ellos cumplir adecuadamente con el servicio público a la seguridad social en salud.

Para tal fin, la prioridad del gasto público social es indispensable, de ahí que la jurisprudencia ya se hubiere pronunciado al respecto. Ese gasto público social no se refiere únicamente a la atención individual, sino a los programas del Estado en general. Analizando las pruebas, se tiene que efectivamente dichos menores son discapacitados, padecen graves enfermedades, provenientes casi todas ellas de retardo mental grave, que se considera incurable. Esos niños discapacitados tienen derecho a una atención, en materia de salud, preferente, integral y muy especializada, dándoles el tratamiento adecuado y la rehabilitación posible. Esos niños son hijos de trabajadores dependientes que cotizan a la EPS, luego son beneficiarios y sujetos activos de la seguridad social en salud. Claro que la familia también debe colaborar en los programas que se hacen para el respectivo niño, así se trate de familias pobres, como acontece en el presente caso. Se ordena a la EPS que proceda a prestar la mejor asistencia integral y especializada que requieran los menores mencionados y que sea determinada por el personal de médicos especialistas y paramédicos de dicha institución, en el término de ocho días hábiles a partir de la fecha de este fallo; valoración que se hará según las enfermedades de cada uno de los niños, a fin de que los médicos y paramédicos indiquen los tratamientos y rehabilitación si fuere el caso que se requieran para que la EPS cumplan a cabalidad y en la mejor forma lo que dichos profesionales indiquen, con la advertencia de que serán responsables de las mencionadas valoraciones, determinaciones y cumplimiento de éstas.<sup>152</sup>

#### **4.1.6 Problema hermenéutico planteado por la inaplicación de normas que generan la negación de un procedimiento quirúrgico a una reclusa.**

**4.1.6.1 Determinación del derecho a la salud de los internos,. Supuesto fáctico del Problema.** Una persona reclusa en un centro penitenciario ha solicitado la práctica de la cirugía para tratar una hernia inguinal que padece

---

<sup>152</sup> Corte Constitucional Sentencia T-179/00 MP Alejandro Martínez Caballero

desde hace dos años, al igual que una operación de terigios, conforme a las autorizaciones que ha dado el médico que atiende al interior del establecimiento carcelario.

**4.1.7 Planteamiento hermenéutico.** La Corte indicó que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir desde el punto de vista puramente biológico, sino que supone la protección de la integridad física y psíquica, así como la garantía de una existencia digna con la cual riñe toda situación de intenso dolor. La Corte al garantizar el derecho a la salud señala que la entidad accionada compromete la vida en condiciones dignas al someterlo injustificadamente a sufrir una grave dolencia y también su derecho a la integridad personal por las secuelas y los efectos de la enfermedad.<sup>153</sup>

**4.1.8 Problema de inaplicación de normas por la negativa a exámenes diagnósticos.**

**4.1.8.1 Supuesto fáctico del problema.** Un señor requiere la evaluación por un especialista para determinar que tipo de hernia presenta pero la entidad accionada no ha autorizado la práctica de la evaluación con el argumento de no tener contratos con ninguna IPS y que el accionante debe esperar.

**4.1.8.2 Identificación del supuesto hermenéutico.** La Corte reiteró que “el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de su beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieran, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia,

---

<sup>153</sup> Corte Constitucional sentencia T-545 DE 2003 MP Manuel José Cepeda Espinosa

la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”. La falta de contratos no es excusa para no prestar la atención medica por cuanto es deber de las entidades prestadoras de los servicios de salud brindar de manera oportuna y efectiva los servicios médicos, más aún cuando realizan de manera cumplida los aportes. La omisión de prestar los servicios médicos y el sometimiento a esperas que a la larga podrían ser interminables vulnera derechos constitucionales como la salud y vida de los afiliados.<sup>154</sup>

#### **4.1.9 Problema de inaplicación de normas de inferior jerarquía del sistema de seguridad social en salud cuando excluyen tratamiento de rehabilitación a una persona de la tercera edad.**

**4.1.9.1 Supuesto Fáctico.** Una persona de la tercera edad que tuvo un accidente de tránsito le fue ordenado por la EPS correspondiente, 18 terapias para ser realizadas en máquina pasiva de hombro, sin embargo, no han sido practicadas.

**4.1.9.2 Planteamiento hermenéutico de solución.** Se establece que la falta de medios necesarios para brindar el tratamiento médico no exime a la EPS del cubrimiento de sus obligaciones. Que la falta de médicos especialistas para la atención del paciente no puede constituirse en excusa para no atender sus obligaciones en materia de salud. Y si la entidad no cuenta con los elementos necesarios para la realización de terapias de rehabilitación, le corresponde disponer lo necesario en materia de traslados a otra clínica u hospital vinculada con esa EPS e, inclusive, si de esta terapia depende la vida o la integridad personal del paciente, destinar recursos presupuestales necesarios para la

---

<sup>154</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-504 DE 2003 MP Alfredo Beltran Sierra

adquisición de los instrumentos de terapia. Frente a las necesidades de salud que estén estrictamente ligadas con la vida digna de la persona, la actuación de la EPS, debe ser pronta y diligente buscando más que excusas, soluciones. La prestación del servicio de seguridad social en salud debe estar caracterizada por la integralidad. Una manifestación de la misma se da en el deber de prestar tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, por ejemplo, a través de la terapia física.<sup>155</sup>

En estos casos la Corte Constitucional, determino la obligación que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para suministrar atención de urgencia, sin imponer obstáculos de tipo económico o contractual. Indicó que el Instituto no ofreció alternativa de servicio rápida y oportuna para atender la grave dolencia que afectaba al señor y en cambio se limitó a indicarle que tenían contratos con entidades hospitalarias ubicadas en municipios lejanos al lugar de residencia del agenciado, sin tener en cuenta que por su condición de oxígeno-dependiente le era en la práctica imposible trasladarse hasta esos centros asistenciales. Sin importar la existencia o renovación de contratos entre las EPS y las IPS, estas últimas deben, sin imponer ningún tipo de obstáculos, ofrecer todos los servicios de urgencias a los usuarios que así lo requieran.<sup>156</sup>

**4.1.10 Problema que surge por la inaplicación de normas que excluyen tratamiento ante enfermedad catastrófica o ruinosa, bajo el argumento del no cumplimiento de los periodos mínimos de cotización: Derecho a la salud de persona de la tercera edad.**

**4.1.10.1 Supuesto fáctico.** Una persona de la tercera edad (73 años), con un diagnóstico de cáncer en la laringe, que no puede trabajar y no cuenta con los medios económicos suficientes para sufragar parte del tratamiento a título de

---

<sup>155</sup> Corte Constitucional Sentencia T-111 DE 2003. MP Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>156</sup> Corte Constitucional Sentencia T-496 DE 2003. MP Clara Inés Vargas Hernández

copago, y sus familiares no están en capacidad de cuidarla ni de procurarle apoyo, se le niega la práctica de sesiones de quimioterapia y radioterapia prescritas por el médico tratante, al no cumplir el periodo mínimo de cotización.

**4.1.10.2 Supuesto hermenéutico frente al problema.** Se establece que “en casos de enfermedad y tratamientos permanentes comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto, en estos casos, los afiliados que no cumplan con los periodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinosa, sin tener recursos necesarios para sufragar el porcentaje que le correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlas. Estando demostrada la situación de urgencia, la entidad responsable no puede oponerse a realizar el tratamiento o procedimiento médico que requiera el afectado. En aquellos casos en que se exija al usuario el copago correspondiente al número de semanas que le faltan de cotización, la empresa prestadora de salud puede reclamar los sobrecostos ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Salud, Fosyga, con el fin de que la entidad no sufra la desmejora económica que tal atención pueda implicar.”<sup>157</sup>

**4.1.11 Problema que surge de la inaplicación de normas del POS por el no suministro de medicamento en casos de enfermedad catastrófica o ruinosa.**

**4.1.11.1 Supuesto Fático.** Una persona con tumor cerebral, el diagnóstico señala “paciente con tumor SNC, quien recibió dos ciclos de TTO y BCNU evidenciándose progresión de la enfermedad por lo cual se pasa a segunda línea con temozolamida”. La enfermedad se está tratando con el medicamento

---

<sup>157</sup> Corte Constitucional sentencia T 448 DE 2003 MP Rodrigo Escobar Gil.

temozolamida x 100 mg., que es de alto costo, el cual se le ha venido negando por no encontrarse en el Plan Obligatorio de Salud.

**4.1.11.2 Supuesto hermenéutico.** Se establece que las EPS cuentan con su propia reglamentación para funcionar y pueden establecer los procedimientos y tratamientos médicos que requieren los usuarios, sin embargo, para evitar que con esa autonomía se atropellen derechos fundamentales, hay que estudiar cada caso particular.

**4.1.11.3 Identificación de la Regla de inaplicación.** Esa protección puede ser efectiva en casos en los cuales se presentan determinados elementos como: “(i) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos;(ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”.

En relación con las personas que no tienen medios económicos para sufragar el costo del tratamiento o medicamento, o no han cumplido con las semanas de cotización “no cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas

priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo.”<sup>158</sup>

#### **4.1.12 Problema de inaplicación de normas del POS por negación de suministro de medicamentos a persona indigente portadora de VIH.**

**4.1.12.1 Sustento hermenéutico para protección de derecho a la salud de los indigentes.** Se establece que los indigentes o ciudadanos de la calle constituyen un grupo de personas que carecen de capacidad económica para sobrellevar una congrua subsistencia, y por razones de edad o salud les resulta imposible procurarse tales medios. Esta situación coloca a la persona en una situación de debilidad manifiesta que se agrava no sólo por su precaria situación económica, sino también cuando tal estado de indignidad se acompaña de una crítica afectación de la salud física o mental. Frente a estas circunstancias, es cuando el Estado debe responder, interviniendo de manera directa e inmediata a fin de brindar protección a quienes hacen parte de esos sectores marginados.

En atención al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud se reitera que habiéndose iniciado una prestación médica por parte del Estado, y atendiendo que la vida del accionante corre un inminente peligro por su grave enfermedad, por su condición de indigencia, por su consecuente mala alimentación y los riesgos que la propia calle ofrece, deberá el Estado proseguir

---

<sup>158</sup> Corte Constitucional Sentencia T-048 DE 2003 MP Alfredo Beltrán Sierra

con la atención médica ofrecida en un principio, pero garantizando que los medicamentos y procedimientos médicos que el actor requiera y le hayan sido diagnosticados, le sean suministrados sin restricción alguna, y sin que se expongan como argumentos para negar dicha prestación, el no cumplimiento de requisitos formales que a todas luces le resultan imposibles de cumplir.<sup>159</sup>

#### **4.1.13 Problema de inaplicación de normas excluyentes del POS por negación de orden de examen de carga viral a pacientes con VIH SIDA.**

**4.1.13.1 Supuesto fáctico.** Un establecimiento de salud del Estado se niega a realizar el examen de carga viral para un paciente con VIH-SIDA, por estar excluida del plan obligatorio de salud.

**4.1.13.2 Regla de inaplicación.** Se establece que los requisitos que deben presentarse para la inaplicación de las normas que excluyen medicamentos y tratamientos de alto costo. Calificó el examen de carga viral como un requisito necesario para el adecuado tratamiento de los pacientes afectados por el VIH. Ello es así porque de no realizarse se priva al personal médico que atiende al paciente de tener a su alcance la información mínima e indispensable para decidir la clase de tratamiento pertinente en cada caso, vulnerando los derechos de los enfermos en la medida que estarían sujetos a recibir prescripciones no adecuadas por la carencia de parámetros suficientes sobre su real estado de salud. Un tratamiento del VIH en tales condiciones estaría sujeto a la indeterminación de sus resultados y al alcance limitado o nulo del beneficio terapéutico esperado, lo que imposibilita el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Corte Constitucional Sentencia T-436 DE 2003.MP Rodrigo Escobar Gil

<sup>160</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-376 DE 2003. MP Jaime Córdoba Triviño

**4.1.14 Problema hermenéutico ante la inaplicación de normas del POS por la no continuidad en el suministro de medicamento que agrava enfermedad severa.**

**4.1.14.1 Supuesto fáctico.** La actora vinculada al Fondo de Previsión Social del Congreso, en calidad de beneficiaria, manifiesta que padece de esclerosis múltiple, presentando algunos de sus síntomas como son dificultades y defectos para caminar, debilidad en los miembros inferiores y superiores, adormecimiento de pies y de manos, y problemas visuales, entre otros. Había estado recibiendo del Fondo el medicamento formulado para la grave enfermedad que padece, sin embargo, dicho Fondo aduciendo problemas internos presupuestales suspendió temporalmente la entrega del mismo.

**4.1.14.2 Supuesto hermenéutico.** Se establece que el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud puede ser protegido cuando su interrupción vulnera por conexidad los derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la dignidad humana. Reiteró que los beneficiarios del sistema de salud no pueden sufrir los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesen las entidades encargadas de la prestación del servicio, máxime si en virtud de la suspensión del servicio hay dilaciones injustificadas que agraven las consecuencias de la enfermedad que padece el paciente.<sup>161</sup>

**4.1.15 Problema hermenéutico generado por la inaplicación de normas del POS ante la negación de la continuidad en el servicio por una situación de mora del empleador.**

**4.1.15.1 Supuesto fáctico.** Un trabajador que tuvo un accidente laboral (múltiples lesiones como la fractura de varias costillas, comprendiendo una de ella

---

<sup>161</sup> Corte Constitucional Sentencia T-324 DE 2003 MP Alfredo Beltrán Siera

el pulmón derecho. Igualmente fractura de la clavícula y hombro derecho, afectando la funcionalidad de esa misma mano. A su vez presentó un trauma y herida en el cráneo) le venían prestando los servicios médicos, sin embargo, le fue suspendido la atención por mora en el pago de los aportes por parte del empleador.

**4.1.15.2 Supuesto hermenéutico que sustenta la inaplicación.** Todo empleador, público o privado, está en la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social contemplado en la ley, desde el momento en que se da inicio a la relación de trabajo, sin importar bajo qué forma se haya concretado el vínculo laboral. Que el empleador asumirá, por su cuenta y de manera total, los costos que genere la atención de la salud del trabajador, por enfermedades profesionales o no profesionales, accidentes de trabajo o ajenos al mismo, atención médica, intervenciones quirúrgicas, terapias, tratamientos, consultas, medicamentos y todo lo necesario para su pleno restablecimiento, desde el primer día del vínculo laboral. Lo mismo sucederá respecto de las pensiones que se causen durante el tiempo en que se encuentre en mora o hasta cuando afilie al trabajador a algún fondo de pensiones.<sup>162</sup>

**4.1.16 Problema que surge de la exigencia de periodos mínimos de cotización en situaciones de urgencia.**

**4.1.16.1 Supuesto fáctico.** La actora padece una grave enfermedad: cáncer mamario con metástasis en tejido óseo y hepático, que corresponde a las denominadas catastróficas de alto costo. Esta afiliada a una EPS en carácter de beneficiaria. La paciente requiere, previa a la operación, que se le realice urgentemente un tratamiento de poliquimioterapia completo, con sus respectivos

---

<sup>162</sup> Corte Constitucional Sentencia T-1127 DE 2002. MP Rodrigo Escobar Gil

medicamentos, sin embargo, la EPS se opone por la exigencia de periodos mínimos de cotización.

**4.1.16.2 Planteamiento hermenéutico que sustenta la inaplicación de la norma POS.** La protección constitucional no procede en forma automática en todos los eventos sino que es preciso que se den unas determinadas condiciones. Indicó que no se puede oponer periodos mínimos de cotización ante situaciones de urgencia “pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de alto costo, necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los periodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios”.<sup>163</sup>

## **4.2 ESTABLECIMIENTO DE LOS PATRONES HERMENÉUTICOS QUE SE DEDUCEN DE LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE BUCARAMANGA FRENTE A LAS REGLAS HERMENÉUTICAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que cuando la aplicación estricta de las normas legales y reglamentarias sobre la prestación del servicio público de salud particularmente las relativas al plan obligatorio prestado por las entidades promotoras de salud EPS, pone en situación de riesgo, peligro o vulnera efectivamente derechos de rango constitucionales de carácter fundamental o diferentes a estos, pero que este directamente vinculados, corresponde inmediatamente a través de operador judicial su inaplicación, de acuerdo con el artículo 4° de la Carta Política, para de esta manera dar prevalencia a las normas y principios constitucionales que aseguran derechos constitucionales fundamentales, sobre normas expedidas por el legislador que las

---

<sup>163</sup> Corte Constitucional Sentencia T-699 DE 2002 MP Alfredo Beltran Sierra

condicionan. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que la inaplicación aludida no es de carácter automático, ni se aplica en todos los casos, pero que torna necesario cuando:” primero, la aplicación de las normas legales o reglamentarias que excluyen determinados tratamientos o medicamentos, amenaza seriamente o vulnera efectivamente los derechos a la vida y a la integridad física de los interesados; segundo, cuando el tratamiento o medicamento excluido no puede ser reemplazado, con la misma efectividad, por otro cubierto por el plan obligatorio de salud; tercero, cuando sea tal la situación económica del demandante que se pueda pensar fundadamente que no se encuentra en condiciones de asumir directamente el costo del tratamiento o medicamento excluido, y que no tenga forma distinta de acceder a él como, por ejemplo, un plan complementario, un contrato de medicina prepagada con servicios adicionales a los del plan obligatorio de salud, etc. y, finalmente, cuando el tratamiento o medicamento haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad de salud de quien se reclama la prestación del servicio”<sup>164</sup>.

Resulta importante señalar que tratándose de inaplicación de las normas que regulan el plan obligatorio de salud, cuando estas generen un riesgo o pongan en peligro la vida de las personas, el funcionario judicial tiene la potestad de inaplicarlas, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad por ser precisamente violatorias de normas constitucionales. Frente a esta situación no tenemos duda alguna, pues siempre que se reúnan las condiciones, requisitos o subreglas jurisprudenciales para cada caso, el juez de tutela procurara la protección del derecho. Pero nos surge la duda frente a las reglas aplicada por el juez al momento de adoptar su decisión, cuales son esos patrones hermenéuticos utilizados por los jueces cuando proceden a dictar su sentencia.

---

<sup>164</sup> Corte Constitucional sentencia T256 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil

De acuerdo a lo observado el operador judicial suele creer que la facultad discrecional puede adoptarse literalmente, cuando esta facultad absoluta no existe.

Una regla hermenéutica de probable aplicación por parte de los jueces de Bucaramanga es que ante la reincidencia por parte de las entidades que administran y prestan los servicios de salud, específicamente cuando existe la negativa de entrega de medicamento, de realización cirugías etc., por no estar contemplados dentro del Pos y que afecten los derechos fundamentales de los afiliados al sistema deberá prestarse de manera inmediata el cérvico demandado. La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión.

Frente a la situación anterior la corte constitucional en sentencia 760 de 2008 aborda todo un conjunto de pronunciamientos sobre los diferentes componentes del sistema de seguridad social en salud. Igualmente trata temas tan relevantes como son los derechos fundamentales desde el marco internacional especialmente el derecho de la salud como derecho fundamental. Traza una serie de lineamientos a seguir para corregir las deficiencias del sistema, pero no cambia la regulación en la materia, ya que no es de su competencia sino del Congreso de la República hacer una nueva regulación del sistema que a gritos lo está pidiendo, lo que se evidencia por la cantidad de tutelas que se interponen día a día denunciando la violación de los derechos a la salud.

En la sentencia, la Corte Constitucional estudia varios casos en los que se ha negado el servicio de salud, por diversos motivos, pero que reiteradamente se ha abordado y dado solución a través de la jurisprudencia emitida por la Corte en diversas oportunidades, pero muy a pesar nuestro no han hecho eco en la conciencia de las entidades prestadoras de salud y en los organismos encargados de la dirección, control y vigilancia de estas entidades, ya que el porcentaje de tuteladas presentadas cada año por estos motivos siguen en aumento.

Es importante señalar refiriéndonos nuevamente al reciente fallo de la corte constitucional que debido al gran numero de tutelas que por la violación al derecho a la salud congestionaron los despachos judiciales, específicamente en relación con la prestación de los servicios de salud a los afiliados, la Corte Constitucional en el fallo anteriormente mencionado realizo las siguientes precisiones:

La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente, por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la Dignidad humana, sino porque muchas de las veces, el tutelante es sujeto de de especial protección, y lo más importante, aquella se encuentra contemplada dentro de los servicios públicos amparados por la carta política, el bloque de constitucionalidad, la ley, y los planes obligatorios de salud.

Igualmente la corte con este fallo reconoce la salud como derecho fundamental. Otra regla hermenéutica y teniendo como apoyo la sentencia en mención es el relacionado con la vulneración del principio legal de integridad el cual reza: “es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus

contingencias amparadas por esta ley.”<sup>165</sup> En concordancia con el principio pro homine considerado como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más favorables al hombre.

Resultado claro en este trabajo, luego de la exploración de casos, que si bien existe una pauta hermenéutica empleada por los Jueces de Bucaramanga, igualmente se determinó la inexistencia de una homogeneidad en el planteamiento hermenéutico acerca de la utilización de las reglas jurisprudenciales y los efectos directos e indirectos que produce la decisión judicial.

Existe una consulta judicial al referente jurisprudencial que mayor connotación posea frente al caso a resolver, pero igualmente se evidencia la carencia de un criterio hermenéutico en esta consulta, se plantea la solución al problema jurídico bajo el entendido de una analogía abierta sobre elementos fácticos de coincidencia, más no por la coincidencia de elementos estructurales de la *ratio decidendi* o fondo de la decisión constitucional.

En pluralidad de decisiones observadas se hallaron decisiones judiciales sustentadas sobre casos análogos abiertos fundamentados en consideraciones al margen del problema jurídico en los cuales se abordaban varias temáticas directas y subyacentes, ello implicó necesariamente decisiones de inaplicación de normas del plan obligatorio de salud POS con un trasfondo de sentido diverso, cuya repercusión termino en la decisión contradictoria frente a la protección del derecho amenazado o vulnerado.

---

<sup>165</sup> Estatuto de la Seguridad Social

## CONCLUSIONES

En el desarrollo de este trabajo se efectuó una revisión a la historia del control constitucional bajo la perspectiva del juez como sujeto, origen jurisprudencial y doctrinal del control constitucional. Consecuencialmente se profundizó en la perspectiva interpretativa de la jurisprudencia sobre las modalidades de control constitucional en Colombia específicamente cuando se trata de proteger el derecho a la salud a través de las decisiones adoptadas por los jueces de Bucaramanga, tratando de evidenciar la regla hermenéutica utilizada por los funcionarios judiciales en sus sentencias.

Se observó un inicial problema referido a la connotación hermenéutica de las decisiones judiciales en un contexto socio cultural, precisando su cercanía a un modelo de interpretación cuando se hace uso del control constitucional difuso bajo la excepción de inconstitucionalidad frente a normas del sistema de seguridad social en salud cuando ellas entran en contradicción con normas superiores y deviene la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

Se evidenció una ruptura desde la hermenéutica constitucional permitida en vigencia de la Constitución de 1886 y la desarrollada a partir de la carta Política de 1991. Las decisiones de los Jueces implican un alto contenido constitucional y se apoyan estrictamente en modelos hermenéuticos trabajados por la corte Constitucional. Se desconocen en la mayoría de las decisiones las concepciones de sentencias arkimédicas, hito, nichos jurisprudenciales y líneas jurisprudenciales, aunque en la mayoría de las sentencias hacen referencia a la aplicación de reglas sobre la que apoyan la excepción de inconstitucionalidad, se evidencia el desconocimiento del sentido del control difuso cuando ejecutan estas decisiones.

Las decisiones de los Jueces de Bucaramanga que exceptúan el ordenamiento jurídico por estimarlo contrario a normas superiores se estructuran fundamentalmente en el referente jurisprudencial, más no en una clara comprensión de la línea jurisprudencial que permite argumentar tal decisión.

La estructura hermenéutica de las sentencias judiciales trabajadas corresponden a un componente eminentemente rígido basado en modelos de decisiones de altas cortes, lo cual implica una carencia de sentido cuando abordan el control constitucional difuso, se percibe que el Juez ejecuta el control sin pleno conocimiento de la función que en ese momento está desarrollando, lo ubica más en la operativización de un sistema de precedentes en el cual trasfiere el control que hace la Corte Constitucional a su propia decisión, es decir, no asume consciencia hermenéutica de su función judicial de control constitucional.

No se evidenció en las decisiones de los Jueces que realmente exista un constructo de control constitucional que surja de su propia consideración hermenéutica, no se encontró ninguna decisión en la cual un Juez de Bucaramanga haya utilizado su propio criterio hermenéutico para inaplicar una norma del sistema de seguridad social en salud en consideración a que ella es contraria a la Constitución Nacional, en todos los casos se estableció que la contradicción fue develada por situaciones de analogías abiertas o cerradas, de las cuales derivaron elementos de sincronización de decisiones de la Corte y de los Jueces, para crear, no un criterio hermenéutico de características de homogeneidad en los componentes, sino una homogenización de decisiones basadas en referentes de la Corte Constitucional.

Se establece que la línea jurisprudencial sobre la cual la jurisprudencia constitucional ha construido un sistema de reglas, las cuales permiten al juez acercarse a los elementos hermenéuticos para ejercer control constitucional sobre ciertas normas de inferior jerarquía, se convirtió en el modelo interpretativo

de aplicación de la propia jurisprudencia, más no de un elemento hermenéutico en el cual el juez apoye la excepción de inconstitucionalidad. Las decisiones judiciales poseen un sentido de aplicación de preceptos jurisprudenciales, bajo un criterio de argumento de autoridad constitucionalidad, sin ninguna connotación de análisis hermenéutico acerca del conflicto entre normas superiores y normas de inferior jerarquía que desconocen derechos fundamentales.

Se puede afirmar que el control constitucional difuso ejercido por los Jueces de Bucaramanga cuando inaplican normas del POS en el sistema de seguridad social en salud, es un ejercicio de control trasladado desde la decisión de la Corte Constitucional, lo cual desdibuja la naturaleza de esta forma de control, el cual precisamente se basa en su condición de garantía dentro del Estado de derecho con el objeto de asegurar la aplicación del principio de integridad y supremacía de la Constitución.

La decisión del juez de Bucaramanga no posee un contenido hermenéutico, más allá de lo jurídico, no aparece evidencia de poseer una transversalización desde lo jurídico hacia lo sociológico y a la filosofía jurídica, con lo cual su decisión no va más allá del criterio de la Corte, sin abordar el tamizaje básico de su constructo hermenéutico.

El control difuso pretende flexibilizar el control constitucional desconcentrando la función de supremacía que ejerce la Corte Constitucional. Cuando los Jueces inaplican normas inferiores basados exclusivamente en el criterio hermenéutico de la Corte Constitucional simplemente reproducen bajo criterios literales argumentos de autoridad jurisdiccional, de hay que no exista consciencia crítica del proceso de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por el Juez que adopta la protección de un derecho.

La Constitución política determina, en forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de formular acciones y de igual manera señala los diferentes mecanismos o acciones que se pueden interponer contra los actos que atenten contra sus reglas y principios, como por ejemplo: la acción pública de inconstitucional, la acción de tutela y aunque no es considerada como una acción, también se podemos decir que la excepción de inconstitucionalidad, como un derecho a la supremacía de la Constitución.

*Es por esto que* los jueces y autoridades administrativas cuando acuden a la excepción de inconstitucionalidad también ejercen una actividad con destino a garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

De acuerdo con la constitución, los jueces gozan de autonomía funcional y solo están sometidos al imperio de la ley. Esto significa que, por regla general, no es función de la Corte Constitucional establecer el sentido de las normas por ser esta competencia de los jueces ordinarios. Por consiguiente, no sería razonable el control constitucional, si la única intención es interpretar y establecer el alcance de una norma, pues la Corte no puede fijar, con argumentos puramente normativos, cual es el alcance de una norma.

Ahora acerca del interrogante si en ciertas oportunidades la Corte debe intervenir en controversias hermenéuticas sobre el alcance de las normas sometidas a control, se concluye, que es una situación que no se puede evitar ya que el juez constitucional deberá discernir y analizar el contenido y alcance de las leyes bajo un exhausto examen para cotejarlas con la Carta Política. En este orden de ideas, el análisis necesita de una adecuada interpretación tanto de la Constitución como de las leyes. “para armonizar el respeto a la autonomía funcional de los jueces con la necesidad de determinar el sentido de las disposiciones acusadas en los juicios constitucionales la Corte ha formulado cierta regla.

Vemos como se ha señalado que el respeto a la autonomía de las interpretaciones legales tiene un límite en la propia razonabilidad de esas hermenéuticas, pues las decisiones de los jueces deben ser razonada y razonable, por la esta Corte ha señalado, de manera reiterada, que la autonomía que la Carta reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de su respectivo resultado” (SENTENCIA C-206 de 2003).

Resulta evidente que la función del control constitucional está en definir si una determinada norma es compatible o no con los principios y preceptos adoptados en la Constitución. La importancia de los valores, principios y derechos fundamentales que en un momento dado puedan resultar en tensión por el contenido normativo de un precepto legal, debe realizarse únicamente frente al ordenamiento jurídico constitucional.

A partir de la Constitución de 1991 se consagran en Colombia mecanismos de protección de derechos fundamentales de carácter más expedito, como es el caso de la acción de tutela, creada con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe como agente oficioso, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad entidad.

De igual manera, la Carta Constitucional consagra en los artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y a la salud respectivamente, asignándoles para su desarrollo y efectividad tres principios de alcance constitucional: eficiencia, universalidad y solidaridad.

Se puede afirmar que la tutela consagrada como mecanismos de protección de derechos fundamentales se ha convertido, en relación con el derecho a la salud,

en un instrumento con una doble finalidad: por un lado como mecanismo de protección de derechos fundamentales cuando, como consecuencia de la no protección del derecho a la salud, se afecte o lesione el derecho a la vida.

Tenemos entonces que a partir de la Constitución de 1991 se pretende que el control constitucional no este exclusivamente en una alta Corte, sino que se establezca un sistema constitucional complejo conformado por todos los jueces del Estado, ello garantiza la inclusión de elementos de pluralidad ideológica y filosófica a los actos interpretativos. En Colombia todos los Jueces son jueces constitucionales.

El control constitucional difuso implica que el juez posea la capacidad y tenga la aptitud hermenéutica de comprender el verdadero sentido de la Constitución, no solo desde su condición de norma superior al interior del sistema jurídico, sino igualmente desde los componentes filosóficos, políticos, sociológicos e ideológicos que la componen.

No puede un juez perteneciente a una etnia indígena poseer los mismos elementos hermenéuticos de interpretación que el Juez que ha nacido y crecido en la capital. Poseen los mismos elementos jurídicos, pero muy seguramente difieren en su consideración filosófica, política, sociológica e ideológica, por ende el resultado en sus decisiones debe ser marcadamente diverso.

Desde esta consideración el proceso hermenéutico establece una articulación al caso concreto, bajo un criterio de analogía abierta, incorporando bajo un criterio sociológico las condiciones, que en un test de ponderación, implican la inaplicabilidad de la norma de inferior jerarquía.

Veamos el caso de la negación por parte de una EPS de un medicamento bajo el argumento que el mismo no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud

POS, se determina como premisa fáctica si efectivamente el paciente sufre una enfermedad que este afectando su derecho a la salud y si el medicamento fue ordenado por un médico de la red de prestación de servicios de la EPS. En principio no existe un conflicto entre la exclusión y el derecho, sin embargo cuando esta condición es valorada por el Juez como lesiva o que ofrece amenaza al derecho fundamental a la vida, el derecho a la salud asume el rango de fundamental por conexidad con el derecho a la vida o a la integridad personal y deberá considerarse si efectivamente la exclusión del medicamento del POS implica hermenéuticamente el desconocimiento del derecho fundamental y con ello de la norma superior.

Obviamente el análisis no puede circunscribirse a una argumentación elaborada bajo un supuesto fáctico diverso, es decir, agotando la decisión en la citación de la jurisprudencia constitucional, sino que debe ponderar el Juez la condición fáctica de amenaza o vulneración del derecho con el precepto normativo de inferior jerarquía y construir un argumento sobre el cual soporte la inaplicación de la norma excluyente, con plena consciencia que esta dando lugar a una excepción de inconstitucionalidad.

El proceso hermenéutico debe partir del propio preámbulo de la Carta Política, bajo la consideración de los fines del Estado Social de Derecho en los cuales el individuo esta por encima del propio ordenamiento, la filosofía que enmarca esta postura política implica que el juicio de valor al interpretar una norma siempre debe estar ubicado en la realización de los fines de la persona, más allá de la literalidad de la Ley.

La decisión judicial en los casos de normas excluyentes del POS que desconocen el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, deben soportar el análisis del concepto filosófico de Estado Social y de Derecho, no como un

constructo esencialmente jurídico, sino como la fusión de elementos filosóficos, sociológicos y jurídicos.

Esta consideración hermenéutica permite que el Juez en el control difuso, sin importar si la Corte Constitucional se ha pronunciado o no en sede de revisión de tutelas, adoptar una decisión hermenéuticamente válida, bajo consideración contextuales precisas, atando elementos filosóficos de la concepción del Estado Social de Derecho, con elementos sociológicos exclusivos de nuestro contexto y con el componente jurídico. Necesariamente los referentes jurisprudenciales sirven de mecanismo hermenéutico auxiliar para depurar metodológicamente la decisión.

Analicemos el caso más recurrente en inaplicación de normas del POS, cuando una EPS niega un medicamento por no encontrarse en los listados regulados en la norma.

Efectivamente lo que debe resultar evidente es que el ciudadano que acude al sistema constitucional de protección está viendo amenazado o vulnerado su derecho a la salud.

De la misma manera debe resultar demostrado que el sistema de seguridad social en salud está generando una negativa a través de la manifestación de la EPS de no suministrar el medicamento.

Existen consideraciones que no poseen connotación hermenéutica como que si el medicamento fue ordenado por un médico de la red prestadora de servicios de la EPS, si el medicamento está autorizado por el INVIMA, ello simplemente corresponden a presupuestos administrativos del propio sistema.

Hermenéuticamente lo relevante es que existe una norma vigente en el ordenamiento jurídico que excluye un medicamento, lo cual, genera como consecuencia que un ciudadano, en un caso concreto, vea amenazado o vulnerado un derecho fundamental.

En el Estado Social de Derecho, la consideración filosófica corresponde a que los fines del Estado están priorizados por la satisfacción de los derechos del individuo y la vida corresponde a un derecho fundamental, desde su propia esencia.

El Juez se encuentra en el dilema hermenéutico de aplicar una norma que vulnera derechos fundamentales de una determinada persona. Corresponde entonces entronizar el contenido ius filosófico, que pueda llevar a considerar si la norma es injusta pues desconoce derechos o si debe aplicarse por cuanto es válida y se halla vigente en el ordenamiento jurídico.

Si el Juez en ese análisis establece que de acuerdo a los fines del Estado Social de Derecho la norma excluyente es injusta por desconocer derechos fundamentales de una persona, debe necesariamente acudir a la excepción de inconstitucionalidad, estableciendo la inaplicación de la misma a fin de dar primacía al derecho fundamental.

Si se analizan las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional tenemos que corresponden al mismo constructo pero en casos diferentes, por ello el análisis debe ser contextual.

En varias de las decisiones judiciales objeto de observación, se tuvo que la traslación automática de las reglas, implicó decisiones que podrían poseer un contenido hermenéutico mas preciso, por ejemplo, en un caso donde a un menor se le ordeno un tratamiento estético, no reconstructivo, a efectos de minimizar los

efectos deformantes dejados por un accidente en su rostro, el Juez al trasladar el ejercicio hermenéutico desde las reglas de la jurisprudencia constitucional, negó la inaplicación de la norma excluyente, sin otra consideración que el argumento de la corte en un caso concreto donde textualmente expresaba que el campo de protección no incluía los tratamientos estéticos.

En este caso la carencia de análisis hermenéutico por parte del Juez, implicó el desconocimiento del componente filosófico del preámbulo de la Carta Política, donde los derechos de la persona están por encima de cualquier consideración económica, e igualmente ignoró el componente sociológico según el cual, en una sociedad como la nuestra existen grupos altamente vulnerables y sujetos a una especial protección del Estado como son los niños y los ancianos, entre otros grupos.

Así, el Juez aplicó la jurisprudencia constitucional como si se tratara de una nueva Ley, igualmente excluyente, dejando de lado el contexto preciso del caso, el cual analizado con mayores elementos hermenéuticos seguramente hubiera terminado en la inaplicación de la norma de inferior jerarquía que excluía el procedimiento.

De este trabajo surge la recomendación, según la cual, la decisión judicial cuando ejerce control de constitucionalidad difuso debe necesariamente poseer un constructo hermenéutico, el cual parte de un componente filosófico – político, bajo la consideración de la naturaleza del Estado Social de Derecho, contextualizado a los elementos sociales particulares en los cuales se causa la amenaza o el daño y enmarcado en la decisión de excepcionar la aplicación de la ley excluyente bajo la premisa de la primacía de la Constitución Política sobre normas injustas.

Notese que el concepto de justicia o injusticia de la norma, no nace de su validez, sino de la ponderación de esta con los fines mismos del Estado. Cuando el Juez en su decisión adopte este o cualquier otro patrón hermenéutico necesariamente estará dando a su decisión una connotación ideológica, pasando de ser un operativizador del sistema a un administrador de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANA IGUARAN, Mario. *“Constitución y seguridad social. Acción de tutela”*.

BERNAL CANO, Natalia. *“Evolución Histórico Jurídica de la Excepción de Inconstitucionalidad en Colombia y algunas reflexiones respecto a su actual aplicación”*, Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1999.

BERNAL CANO, Natalia. *La Excepción De Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá: Primera Edición, 2002.

CAPITEL, Amurro. *“El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado (3 conferencia)”*; en, Revista de la facultad de derecho en México, No. 61, Enero – Marzo de 1966.

CARRASCO, Emilio. *Diez Años Del Sistema De Seguridad Social Colombiano, primera edición 2003*.

CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *“La Excepción de Inconstitucionalidad”*, Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Ediciones Jurídica Radar, Bogotá, Colombia, 1994.

COLEGIO DE ABOGADOS DEL TRABAJO, *“El derecho del trabajo y la seguridad social, las etapas de la seguridad social en Colombia”*.

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, artículo VI, inciso 2.

CONSTITUCIÓN DE WEIMAR, artículo 19.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Literatura jurídica, Bogotá: Primera Edición, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Ed. Dykinson.

GACETAS CONSTITUCIONALES; Nos. 2f; No. 22; No. 34; No. 36; No. 52; No. 56; NT 70; No 124; No 109; No. 113; No. 142; No. 142; No. 143; No. ST.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *“El Control Constitucional en Colombia, Evolución Histórica”*, Bucaramanga: Editorial UNAB, 2001.

GONZALES CARRASCO, Emilio A. *“El Sistema de Protección Social Colombiano y el Sistema de Seguridad Social”*.

HENAO HIDRÓN, Javier. *Derecho Procesal Constitucional, Protección de los Derechos Constitucionales*. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2006.

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. *Proyecto de Acto Legislativo Mediante El cual se aclaran, complementan y reforman varias disposiciones de la Constitución Nacional*. Revista Contrapunto, Bogotá, octubre 17 de 1966, núm. 5.

MOLINER, María. *“Diccionario de Uso del Español”* (Segunda edición. Gredos. Madrid).

NARANJO MESA, Vladimiro. *“Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”*, segunda edición aumentada y corregida, 1987.

ORTEGON CAÑÓN, Leonardo. *“Evolución de los Conceptos de Seguridad Social y Sistema de Seguridad Social en Colombia”*.

RODRÍGUEZ TOBO, Javier. *“La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia”*, Segunda edición, 1999.

TOBO RODRIGUEZ , Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2 ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Universidad Externado De Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: Sexta Edición, 1996.-

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *“Tres Ideas Constitucionales”*, Universidad Externado de Colombia, 1978.

URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1977. Tomo I.

## **PRIMARIAS**

Leyes

Ley 10 de 1990.

Ley 60 de 1993.

Ley 100 de 1993.

Ley 1122 de 2007.

## **Otros**

Constitución Política de Colombia de 1991.

## Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 032, 125 y 762 de 1998 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 370, 385, 419, 488, 503 y 505 de 1998 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 102, 628, 631, 685, 691 y 701 de 1998 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia C - 112 de 1998 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 260, 283, 286, 304, 328, 329 de 1998 M. P. Fabio Moron Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 223, 468, 489 y 561 de 1998 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 124, 528 y 529 de 1999 M. P. Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 663 de 1999 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 041, 044, 092, 117, 119, 607 y 983 de 1999 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 016, 171 y 230 de 1999 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 060, 109, 148, 244, 282, 285, 352, 398, 437, y 591, de 1999 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 367, 391, 469, 705, 756, 875, 876, 1003 y 1018 de 1999 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 209, 366, 590, 812, 813, 853, 906 y 936 de 1999 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia SU - 819 y T - 975 de 1999 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 416 y 417 de 1999 M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 610 Y 1668 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 1384 de 2000 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 1457, 1568, 1572, 1615 y 1678 de 2000 M. P. Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 409, 477, 582, 1002, 1130, 1476, de 2000 M. P. Álvaro Tafur Gal vis.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 1693 de 2000 M. P. Jairo Charry Rivas.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 622 de 2000 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 378, 547, 549, 670, 822, 913, 945, 974, 1078, 1018, 1027, 1120, 1174, 1176, 1255, 1204, 1390 y 1524 de 2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 006, 058, 077, 102, 150, 155, 228, 236, 285, 316, 342, 395, 1151, de 2000 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 1169 y 1663 de 2000 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 398 de 2000 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 344, 693, 797, de 2001 M. P. Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 122 de 2001 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 416, 849, 850 y 1305 de 2001 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 297, 298, 517, 1018, 1056 y 1138 de 2001 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 597, 1141, 1207 y 1245 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 114 de 2001 M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 155, 239, de 2001 M. P. Fabio Moron Diaz.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 284, 419, 627, 844 y 929 de 2001 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 186, 571, 588 y 1324 de 2001 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 083, 484, 885 y 1032 de 2001 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 1120, 1121, de 2001 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 449, 523, 755, 946, 1043 y 1278 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 113, 256, 350, 449, 676, de 2002 M. P. Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 845, 1044 y 1063 de 2002 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 194, 586 y 945 de 2002 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 273 de 2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 220, 724, 897 y 1125 de 2002 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 015, 094, 116, 197, 237, 447, 509, 681, de 2002 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 142, 279, 467, 501, 543, 667, 668, 854 de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 068, 070, 244, 696, 956 y 1012 de 2002 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 126, 170, 225, 755, de 2002 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 453 y 911 de 2003 M. P. Jaime Araujo Rentería

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 002, 364, 918 y 919 de 2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 599, 600, 641 y 928 de 2003 M. P. Clara Inés Vargas Hernández

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 178, 448, 578, 674, 797 y 1053 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 337, 412 y 706 de 2003 M. P. Alvaro Tafur Galvis

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 016, 047, 048, 242, 238, 393, 503, 564 y 1153 de 2003 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 062, 340, 590, 591, 614, 683 y 1015 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 263, 376, 560 y 644 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 362, 867 y 1105 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 666 de 2004 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 1020, 1066, 1071, 1092 y 1129, de 2004 M. P. Humberto Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 794, 1082 y 1218 de 2004 M. P. Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 338, 634, 650, 652, 1019, 1158 y 1188 de 2004 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 260, 434, 538, 924, 1076 y 1234 de 2004 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 036, 254, 342, 453, 752 de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 062, 546, 548, 927, 1037, 1097 y 1202 de 2004 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T 053, 326, 422, 704 y 946 de 2004 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 197, 277, 299 de 2004 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 113, 591, 678, 739, y 1211 de 2004 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 632, 879 y 882 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 419, 573, 1328, 1330 y 1331 de 2005 M. P. Humberto Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 802, 946, 949, 950 y 1245 de 2005 M. P. Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T 610 y 995 de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 093, 372, 409, 412, 471, 568, 703, 835 y 1296 de 2005 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 016, 067, 387, 446, 464, 482, 915, 1123, 1166, 1198, 1238 y 1314 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 740, 865, 910 y 1312 de 2005 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T 074, 187, 395, 462, 742, 833 y 955 de 2005 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 439, 586, 808 y 1301 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 007, 038, 810, 922, 976, 1000 y 1137 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 159 de 2006 M. P. Humberto Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 085 de 2006 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T 153 de 2006 M. P. Rodrigo Escobar.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T 004 y 099 de 2006 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia T - 036 de 2006 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional Sentencia hito – 760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil,

# **ANEXOS**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA CIVIL- FAMILIA**

**RADICADO: 272-2007**

**PROCESO: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL E.P.S**

**VINCULADO: FOSYGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL**

**PROBLEMA JURÍDICO:** ¿Se vulnera el derecho a la salud en conexidad con la vida, y el derecho a la seguridad social cuando no se otorga el medicamento formulado por el médico tratante argumentando que éste se encuentra fuera del POS?

**HECHOS**

El señor ROMEL RINCÓN GÓMEZ se encuentra afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. El 13 de noviembre le practicaron una cirugía para extraerle un TUMOR DE HIPÓFISIS que el actor presenta, pero se cree que el actor aun tiene parte de esa anomalía, por lo que el médico IBAN RAMÍREZ ordena practicarle un TAC SELAR CON CONTRASTE, el cual el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL no lo autorizo por que se asegura que el aparato para la práctica de este examen se encuentra dañado, el endocrinólogo dispuso que el medicamento genérico BROCRORIPTINA se le suministre aunque ya el efecto no es duradero y es mejor el suministro de otro medicamento llamado PARLODEI. El cual por estar fuera del POS no es autorizado que se lo otorgué al paciente.

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El señor Juez de primera instancia amparo los derechos que fueron proclamados en una tutela instaurada por el señor ROMEL RINCÓN GÓMEZ, la cual no tuvo respuesta, y se ordeno lo siguiente:

“que el instituto de seguro social seccional se Santander para que preste el servicio de salud integral requerido por el accionante, realizar junta médica que defina la orden de la práctica del TAC SELAR CON CONTRASTE, suministre los medicamentos necesarios prescritos por los médicos tratantes, según el diagnostico de salud, se practiquen los exámenes y procedimientos ordenados”. Además que en un termino de cuarenta y ocho horas contados a partir de la

notificación de este fallo, gestione y realice todos los trámites administrativos, presupuestales y financieros propios para la eficaz prestación del servicio de salud, así mismo se le suministren los medicamentos requeridos”. Autorizando el recobro ante el FOSYGA de los costos que se encuentren excluidos del POS.

### **IMPUGNACIÓN - INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL**

La decisión fue impugnada por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL por cuanto considera que no resulta viable una atención médica integral, ya que “la acción de tutela no se ha establecido para precaver futuros, eventuales o inciertos riesgos de la violación de los derechos fundamentales, si no con el fin de interrumpir que continúe una violación en curso, actual y concreta, o de impedir que se produzca, siendo inminente” además que se adicione el numeral cuarto del fallo, en la medida que no solo se ordene el recobro al FOSYGA para los medicamentos no POS, sino también para aquellos tratamientos, medicamentos, exámenes y procedimientos que se encuentran excluidos del POS, lo cual parecería obvio.

### **IMPUGNACIÓN – MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL**

Solicitando que se revocara parcialmente el numeral cuarto del fallo por “la facultad otorgada a la E.P.S, para repetir contra el FOSYGA, los procedimientos y medicamentos incluidos en el POS a la E.P.S. accionada le corresponde realizarlo sin acudir al recobro ante FOSYGA, y que para los procedimientos excluidos del POS, existen varias alternativas a las que puede acudir esta persona en procura de su atención, dentro de las cuales no aparece FOSYGA como solución, todo caso que en caso de comprobarse falta de capacidad de pago, deberá ser asumido el costo por el ente territorial de su domicilio a través de las I.P.S públicas o privadas con quienes se haya contratado”.

### **IMPORTANTE**

Si como parece cierto que el medicamento PARLODEL que se ordeno suministrarle a la paciente por el médico tratante de la E.P.S. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL, no está incluido en el POS; no puede la E.P.S. negarse a autorizar el fármaco requerido por el paciente, para cumplir con su misión-delegada por el ESTADO- de garantizarle al paciente su bienestar, pudiendo en tal caso repetir contra FOSYGA por el costo a los excesos que en tal cumplimiento lleguen a cubrir. Igualmente será procedente para que impere la lógica y la vida digna, que en la parte resolutive de esta sentencia se le imponga a la Junta o Comité Científico de esa E.P.S. que proceda a emitir su concepto de viabilidad del medicamento ordenado, antes de 30 días contados a partir de aquel en que el paciente “radique” la orden emitida por el médico tratante en las oficinas administrativas del Instituto en mención. Tal requisito es un imperativo que la tutelista debe cumplir para que el recobro ocurra, pero que también debe ser facilitado por la E.P.S. respectiva.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia de tutela proferida el nueve de abril del año dos mil siete por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Barrancabermeja para dirimir de fondo la acción del señor ROMEL RINCÓN GÓMEZ, contra EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y vinculado por el MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Con relación a este último, la EPS podrá repetir todo lo que no se halle incluido en el Plan Obligatorio de Salud, siempre y cuando así se lo demuestre al citado fondo, en desarrollo de la actual atención integral que el usuario RINCÓN GÓMEZ requiere.

**SEGUNDO:** adviértase a la Secretaria de la Corporación que debe enviar la actuación a la Honorable Corte Constitucional para sí eventual revisión, a la mayor brevedad posible.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL**

**RADICADO: 246-2007**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**ACTE: JOSÉ ALONSO GÓMEZ SUAREZ**

**ACDO: INSTITUTO SE SEGURO SOCIAL Y VINCULADO EL FOSYGA, SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER Y UNIDAD HOSPITALARIA LOS COMUNEROS.**

**MAGISTRADO PONENTE: DRA. MARIANELL GONZÁLEZ CASTILLO**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Le corresponde al INSTITUTO SE SEGURO SOCIAL proporcionar los medicamentos e implementos que el accionante necesita para su tratamiento aun si se encuentran fuera del POS, y siendo concretos los medicamentos formulados por el médico tratante sin que exista la posibilidad de aceptar medicamentos sustitutos

## **HECHOS**

Proveniente del Juzgado Cuarto de Familia de la ciudad, se recibió tutela instaurada por el señor **ALONSO GÓMEZ SUAREZ** contra el institutito **DE SEGURO SOCIAL** y vinculado el **FOSYGA y SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER, UNIDAD HOSPITALARIA LOS COMUNEROS**, con el fin de

resolver la impugnación presentada por el actor y el accionado I.S.S. contra la sentencia de fecha veintinueve de marzo del presente año, en la cual se concedió el amparo solicitado.

El accionante manifiesta que siendo cotizante del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL señala que padece DISCOPATIA DEGENERATIVA GENERALIZADA CON PROTRUSSION CONCOMITANTE DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES 1.2-1.3 Y 1.4 además de ARTROSIS FACETARIA que afecta su salud y su condición de vida digna.

Los médicos le indican que se debe realizar una cirugía denominada LAMIRECTOMIA, DICECTOMIA Y ARTRODESIS MAS INITRUM, requiriendo para tal fin implementos quirúrgicos como tornillos poliaxian, barra, fuser y sustituto oreo. Así mismo para sobrellevar el dolor se le formulo cierta droga denominada PREXIGEN 400 mg, ZALDIAR TABLETAS Y SIRDLU de 4 mg, que no le han sido suministradas transcurriendo mucho tiempo y el accionante envió un derecho de petición sin ser respondido.

### **SENTENCIA DEL A-QUO**

Tramitada la instancia, el Juez concedió el amparo solicitado al tener por ciertos los hechos de la tutela ante el silencio de los accionados SEGURO SOCIAL Y FOSYGA, sin embargo considero como hecho superado el que se le haya programado para el 13 de abril del año 2007 el procedimiento quirúrgico deprecado y concluyo que se presentaba vulneración del derecho a la salud en conexidad con la vida del señor Gómez Suarez, por la negativa a autorizar la entrega de medicamentos.

Negó la tutela respecto del derecho de petición y la declaro superada en lo referente al procedimiento quirúrgico reclamado.

### **IMPUGNACIÓN**

El accionante se alzo contra el fallo por considerar que la E.P.S. le suministrara medicamentos sustitutos de los prescritos y solicita que la entrega de los mismos se haga desde la fecha de prescripción hasta “el día de hoy” porque ha venido cancelándolos de su peculio.

La EPS presento el recurso se APELACIÓN indicando que los medicamentos PREXIGEN TABLETAS Y ZALDIAR TABLETAS se encuentran excluidas del POS en su totalidad.

Solicita que se adicione el fallo para que se ordene el recobro ante el FOSYGA por los medicamentos antes referenciados y por el tratamiento posoperatorio respecto de suministro o tratamiento que no se encuentren contemplados en el POS.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los derechos a la salud y a la seguridad social no son derechos fundamentales pero son tutelables cuando se trata de proteger con ellos la vida, incluyéndose en este el derecho a una vida digna.

La CORTE CONSTITUCIONAL ha considerado el derecho a la salud en principio, como una garantía de carácter prestacional, que bien puede convertirse en un derecho fundamental y por tanto susceptible de protección por vía de tutela en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando se encuentre vinculado directamente con un derecho fundamental; por ejemplo, cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida.

En el presente caso el accionante no ha recibido las medicinas que requiere para el tratamiento y que fueron ordenadas por el médico tratante. Es así como están contraviniendo lo ordenado por dicho médico afectando de esa forma su salud, pues transcurriendo más de cuatro meses desde el momento en que le fueron recetados, sin que al momento de interponer la acción le fueran entregados. Es por ellos que el ISS deberá suministrar la droga al accionante en las cantidades y durante el tiempo que prescriba el médico tratante, pero se entiende que hacia el futuro. Los medicamentos no entregados y por los cuales debió pagar el accionante, para sí reintegro deberá adelantar el respectivo proceso ante la jurisdicción ordinaria.

La sala encuentra procedente la petición pero solo respecto de los mínimos medicamentos para la realización de la cirugía, siempre y cuando no estén en el POS y en cuanto a los medicamentos ya ordenados por el médico tratante, adicionará el fallo otorgándole la posibilidad de recobrar ante FOSYGA.

En consecuencia, se confirmara parcialmente y se adicionara la decisión del funcionario de primera instancia.

Por lo expuesto, la sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bucaramanga administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE.** La sentencia de fecha 29 de marzo del presente año, proferida por el JUEZ CUARTO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA, dentro de la presente acción de tutela solicitados por el señor JOSÉ ALONSO GÓMEZ SUAREZ contra EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL y vinculado FOSYGA, SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER Y UNIDAD

HOSPITALARIA LOS COMUNEROS, suprimiendo del punto segundo la expresión “o sustitutos” conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR.** el fallo, para conceder al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL la facultad para recobro ante FOSYGA por los mínimos necesarios en la práctica de la cirugía y respecto de los medicamentos PREXIGEN Y ZALDIAR que se entregue al paciente JOSÉ ALONSO GÓMEZ SUAREZ en cumplimiento del fallo de tutela.

**TERCERO: REMITIR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO: NOTIFICAR** a las partes en la forma más expedita posible.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL**

**RADICADO: 221-2007**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCTE: ANA JULIA VERGEL DE BENAVIDES agente oficioso de SANDRA BENAVIDEZ VERGEL**

**ACCIONADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL**

**PROBLEMA JURÍDICO:** el medicamento no POS para ser autorizada su entrega debe mediar justificación del médico tratante y posteriormente autorización por parte del comité técnico científico del a EPS, ISS sin importar poner en riesgo la vida del paciente por el periodo de estudio?

## **HECHOS**

Manifiesta la accionante, que su hija su hija fue declarada inválida desde los cuatro años por padecer atrofia cerebral. Que fue inscrita en salud como beneficiaria ante la EPS del seguro social.

Manifiesta que los médicos tratantes le formularon el medicamento TOPAMAC, tab/100 Mg, para tomar 3 diarias, es decir consume 240 al mes. Que cada tres meses debe someter la orden al comité y esperar 45 días para que lo aprueben, periodo durante el cual no le suministran el medicamento que debe consumir su hija, y que además carece de los recursos para costearlos.

Argumenta que la accionada violó sus derechos fundamentales a la salud en anexidad con la vida digna pues considera que su hija es frágil por sus patologías psiquiátricas, lo que implica que los medicamentos suministrados sean permanentes y vitalicios.

### **CONSIDERACIÓN DE LA SALA**

Las normas constitucionales violadas son el artículo 11 y 48 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA que se refiere al derecho a la vida y el derecho a la salud.

En el asunto puesto a consideración de la sala, solicita la accionante que se ordene el suministro en forma inmediata de medicamento TOPIRAMATO, para su hija SANDRA MILENA, beneficiaria del ISS, quien desde la infancia sufre de una grave patología psiquiátrica, ya que la demora en la autorización por parte del comité técnico científico del ISS, por tratarse de un medicamento fuera del POS afecta su salud y en consecuencia su vida, en la medida en que dicho medicamento debe ser suministrado diariamente y en forma interrumpida.

En este caso el fallador de primera instancia la tardía autorización del suministro del medicamento por parte del comité técnico científico, vulnera los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la señora SANDRA MILENA BENAVIDES, ya que el medicamento solicitado es indispensable para disminuir y controlar las patologías que diariamente debe soportar la hija de la accionante.

### **LA SENTENCIA DEL A-QUO**

Tramitada la instancia, el juez concedió el amparo solicitado, señalando que los derechos fundamentales invocados por la accionante han sido desconocidos por parte del ISS-Seccional Santander, toda vez que la interrupción del medicamento para controlar la patología de SANDRA MARLENE como consecuencia de la acción tardía del comité técnico científico del ISS, no solo perjudica su salud sino también pone en riesgo su calidad de vida, ya que el medicamento solicitado (topiramato) evita las convulsiones a las cuales diariamente se debe enfrentar.

Indica que no son de recibo los argumentos esgrimidos por los accionados ya que el claro cuál es el medicamento requerido para enfrentar su patología. Finalmente cuestiona la tardanza en el suministro que debe soportar la accionante, cuando el medicamento ya ha sido justificado por el médico tratante y autorizado por el comité técnico científico de la entidad en tres oportunidades anteriores. En consecuencia ordena al ISS-Seccional Santander que sin necesidad de nueva orden cada vez que se formule el medicamento en forma inmediata se proceda a su entrega.

## **LA IMPUGNACIÓN**

El Gerente del Instituto de Seguros Sociales seccional Santander presento el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el funcionario de primera instancia, solicitando que se adicione el fallo impugnado y en consecuencia se faculte al ISS ejercer el recobro FOSYGA.

## **RESUELVE**

**PRIMERO-** Confirmar parcialmente la sentencia de fecha tres (21) de marzo del año en curso (2007) proferida por el Juez Quinto de familia de Bucaramanga dentro de la presente acción de tutela solicitada por la señora ANA JULIA VERGEL DE BENAVIDES en calidad de agente oficiosos de SANDRA MILENA BENAVIDES VERGEL contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y vinculado el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADSCRITO AL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “FOSYGA”

**SEGUNDO-ADICIONAR** el PUNTO SEGUNDO del la sentencia en el sentido de que el ISS puede efectuar el recobro del medicamento TOPIROMATO (topomac) no incluido dentro del POS. Los demás procedimientos, medicamentos, hospitalizaciones, salvo las excepciones ya anotadas deberán sujetarse a las autorizadas en el POS, bajo el entendido que corresponde y es obligación legal del instituto suministrar a sus afiliados la asistencia médica integral contemplada en el citado Plan Obligatorio de Salud. En lo demás se confirma el amparo otorgado.

**SEGUNDO-REMITIR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión

**TERCERO-NOTIFICAR** a las partes en la forma más expedita posible.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA CIVIL FAMILIA**

**RADICADO: 419-2007**

**PROCESO: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**DEMANDANTE: ALEJANDRO MENDOZA BELTRÁN**

**DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EPS**

**PROBLEMA JURÍDICO:** el medicamento formulado al paciente estando fuera del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD se debe proporcionar para evitar la violación a los derechos fundamentales y este cobro de medicamento se le otorga a FOSYGA?

## **HECHOS**

Contra la decisión de tutela proferida por el juzgado segundo promiscuo de familia de Barrancabermeja, con la fecha de veintiséis (26) de junio de dos mil siete (2007), y por vía de impugnación del MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYCAL-, llegan a esta superioridad las actuaciones surtidas en la acción instaurada por el señor ALEJANDRO MENDOZA DURAN, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.P.S y con vinculación al MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL.

## **CONSIDERACIÓN**

El señor ALEJANDRO MENDOZA BELTRÁN se encuentra afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, mediante cita previa con especialistas en urología se le ordeno al accionante la práctica de operación de los GANGLIOS OBTURADO IZQUIERDO, posteriormente se ordenaron radioterapias y el medicamento de ACETATO DE LEMPROLEDE 3,5 AMPOLLAS, una mensual por el termino de un año, el señor acudió a ISS para que le fuera entregado el medicamento necesario para su pronta recuperación, allí le manifiesta el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL que dicha medicina no la cubría el POSS.

A dar la contestación al escrito de tutela en el cual manifiesta que el medicamento “ACETATO DE LEUPROLIDE se encuentra excluido del POSS, además indica que el procedimiento para obtener medicamentos que estén por fuera del plan Obligatorio de salud es acudir ante el Comité Técnico Científico de la respectiva EPS para su aprobación, con el fin de resguardar los derechos a la vida y a la salud del paciente, y , que una vez ordenados por este la EPS es obligado a suministrarlo y procederá a efectuar el recobro al FOSYCAL.

## **PRIMERA INSTANCIA**

El señor juez de primera instancia amparo los derechos invocados por la tutelista, ordenando a la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL que “en termino de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de este fallo, gestione y realice todos los trámites administrativos, presupuestales y financieros propios para la eficaz prestación de los procedimientos de entrega de medicamentos especialmente (Acetato de Leuprolide), requerido por, el señor ALEJANDRO MENDOZA BELTRÁN”. Igualmente le autorizo para realizar el cobro al FOSYGA.

## **IMPUGNACIÓN**

La decisión en comento fue impugnada por el MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL-FOSYGA- por cuanto “el medicamento ACETATO DE LAPROLIDE se encuentra excluido del POSS”, por esta razón el accionante podrá “acudir al Comité Técnico Científico de la respectiva EPS, para la aprobación del medicamento que se encuentre por fuera del POS.” Así las cosas, “una vez el Comité Técnico Científico, previo solicitud por parte del médico tratante, autorice el suministro del medicamento excluido del POS , la EPS estará en la obligación de suministrarlo al igual que podrá repetir contra el FOSYGA por el monto que resulte la aplicación del Art. 19 de la resolución N° 3797 de 2,004”.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil siete (2007) por el Juzgado Segundo Promiscuo de familia de Barrancabermeja para dirimir de fondo la acción de señor ALEJANDRO MÉNDEZ BELTRÁN, contra la E.P.S INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, CON VINCULACIÓN AL FOSYGA, pero modificándola en el sentido de que el recobro al FOSYGA del ítem CUARTO no podrá ocurrir sin que medie el concepto de viabilidad positiva del Comité Científico de la E.P.S de que aquí se trata y la efectiva prestación del servicio, con la existencia de orden impartida por el médico tratante, lo cual debe ocurrir antes de 30 días calendario contados tal como se señalo en la parte motiva que procede.

**SEGUNDO.** Adviértase a la Secretaria de la Corporación que debe enviar la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, a la mayor brevedad posible.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 400-2007**

**PROCESO: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: MYRIAM GLADIS MEDINA SANTOS**

**ACCIONADO: E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER Y FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA FOSYGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL**

**PROBLEMA JURÍDICO:** a la accionante se le formulan medicamentos para su bienestar y salud, los cuales no se encuentran en el PLAN OBLIGATORIO DE

SALUD,¿ deben o no ser otorgados teniéndose en cuenta que la salud en conexidad con el derecho fundamental de la vida son protegidos por nuestra carta política?

## **HECHOS**

La señora MYRIAM GLADYS MEDINA SANTOS se encuentra afiliada al instituto de seguros sociales como cotizante, desde hace mucho tiempo padece de OSTEOPOROSIS, por lo que acudió a la E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, donde el médico tratante adscrito al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le formulo los medicamentos ACTONEL-35 TABLETAS CANTIDAD 4, CAPRIMIDA-D X 1500 Mg CANTIDAD 30. MELOXICAM X 7,5 Mg, CANTIDAD 30 Y UN CORSET DE KNIGHT PARA USO PERMANENTE. La actora acudió al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para que le autorizaran el tratamiento pero le respondieron que dicho tratamiento no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Asegura la señora MEDINA SANTOS que ella es una persona que carece de los recursos para sumir el costo del tratamiento que con tanta urgencia la necesita.

Por su parte procedió el MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, a dar contestación informando que el CORSET DE KNIGHT, los medicamentos ACTONEL TABLETAS, CAPRIMIDA D X 1500 Y MELOXICAM X 75 se encuentran excluidos del POS. Señalo que le “corresponde al departamento financiar con recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental. Además en el caso que el medicamento se encuentre excluido del POS “el accionante podrá acudir al comité Técnico Científico de la respectiva E.P.S para la aprobación del medicamento que se encuentra fuera del POS, en áreas de proteger el derecho a la vida y la salud”

## **PRIMERA INSTANCIA**

La señora juez de primera instancia amparo derechos invocados por la tutelista, ordenándole a la E.P.S INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – SECCIONAL SANTANDER, que “ dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites necesarios para que dentro de este mismo termino expida a favor de la accionante, la autorización para la entrega de los medicamentos, ACTONEL – 35 TABLETAS ( cantidad 4), CAPRIMIDA –D 1500 Mg (cantidad 30), MELOXICAM 7.5 (cantidad 30), y CORSET DE KNIJGHT ( cantidad 1)” Autorizando el recobro ante el FOSYGA del os costos que se encuentren excluidos del POS. Exonero de responsabilidad a la E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER.

## **IMPUGNACIÓN**

La decisión en comento fue impugnada por el MINISTERIO DE SEGURIDAD SOCIAL el cual solicito se revocara parcialmente el fallo en lo relacionado con la facultad otorgada a la E.P.S para repetir contra el FOSYGA por cuanto “ le corresponde a la entidad territorial (Departamento) la articulación de las IPS Públicas, la financiación de la prestación de los servicios de salud de la población pobre en lo no cubierto por los subsidios a la demanda, por lo tanto es el departamento quien debe garantizar la atención del tratamiento a la población afiliada al régimen contributivo que requiera un tratamiento que no esté incluido en el POS y no tenga capacidad de pago”, afirma que según el Decreto 806 de 1998 las IPS públicas o privadas contratadas con el Estado, deben atender al afiliado en estas situaciones y cobrarle una cuota de recuperación, agrega que respecto a los medicamentos excluidos del listado. Para su autorización” debe procederse a presentar el caso por parte del médico tratante ante el comité Técnico - Científico, quien determina la viabilidad del mismo”

## **CONSIDERACIÓN**

Como quiera que los derechos a la vida digna y a la seguridad social en conexidad directa con el deber constitucional del Estado de otorgarle protección a sus asociados, están por encima de reglamentos legales y de resoluciones administrativas que los cercenan sin consideración alguna, se hace evidente que la decisión de primera instancia debe confirmarse, quien deberá ser atendida por la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, dejando abierta la puerta para que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL pueda recobrar al FOSYGA por razón de todas las erogaciones que tenga que hacer por encima del POS.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el veintiuno (21) de junio del año en curso por el juzgado Noveno Civil de Circuito de Bucaramanga para dirimir de fondo la acción de la señora MYRIAM GLADIS MEDINA SANTOS, contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, la E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER y EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA, con la posibilidad de que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL recobre ante FOSYGA, por todo gasto que ocurra en el cumplimiento de esta orden y que no esté comprendido en el POS, siempre y cuando así se lo demuestre al citado fondo, en desarrollo de la actual atención que la señora MIRIAM GLADIS MEDINA SANTOS requiera y medie el concepto de viabilidad positiva del Comité Científico de la E.P.S además de la efectiva prestación del servicio

**SEGUNDO** Adviértase a la secretaria de la corporación que debe enviar la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, a la mayor brevedad posible.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 125-2007**

**PROCESO: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: CESAR ALFONSO MONTERO CARRILLO en representación del menor BRAYAN ALFONSO MONTERO MONSALVE**

**ACCIONADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DOC. ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ**

**PROBLEMA JURÍDICO:** al accionante se le formulan medicamentos para su bienestar y salud, los cuales no se encuentran en el PLAN OBLIGATORIO DE SALUD,¿ deben o no ser otorgados teniéndose en cuenta que la salud en conexidad con el derecho fundamental de la vida son protegidos por nuestra carta política y a qué entidad se debe de efectuar el recobro del medicamento?

Ha llegado a esta superioridad el expediente contentivo de la acción de tutela promovida por el señor CESAR ALFONSO MONTERO CARRILLO en representación del mayor BRAYAN MONTERO MONSALVE contra la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, procesos al cual fue vinculada la A.R.S COMPARTA y el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA – FOSYGA – DEL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL.

**HECHOS GENERADORES DE LA VIOLACIÓN**

Afirma el tutelista, que el 22 de febrero de 2007 se le realizo al mayor Brayan Alfonso Montero Monsalve una endocrinología en el Hospital Universitario de Santander y se le formulo el medicamento SOMATROPIA AMP X 16 u, por tres meses. La ARS se negó a su suministro, por lo que ocurrió a la Secretaria de Salud Departamental, que autorizo a Droguen para tal fin. Allí le exigen un copago para la entrega de la droga.

Aduce que no tiene capacidad económica para sumir ese costo, dado que labora en el campo, gana un simple jornal que solo alcanza para cubrir los gastos de alimentación de su familia, motivo por el cual no le han entregado el medicamento.

En consecuencia, pide que se ordene a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL cubrir el gasto generador por el copago y se le exonero de su cancelación.

## **A QUO RESUELVE**

El A quo resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados por CESAR ALFONSO MONTERO CARRILLO en representación del menor BRAYAN ALFONSO MONTERO MONSALVE en contra de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL y ordeno que en coordinación con la A.R.S COMPARTA proceda a suministrar el medicamento SOMATROPIA AMP X 16 unidades, exonerándolo del copago exigido. Además, faculta a la entidad a recobrar las sumas de dinero que se hubiesen ocasionado por tal circunstancia ante el FOSYGA.

## **EL RECURSO IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión tomada por el a quo, EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL – FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA- FOSYGA decide impugnar, dado que considera improcedente el recobro contra dicho fondo pues el medicamento debe ser suministrado por la red prestadora de salud pública o privada que tenga contrato con la entidad territorial correspondiente a la jurisdicción de la persona, para el caso – SECRETARIA DE SALUD con cargo al subsidio a la oferta.

De las normas citadas se colige que razón le asiste al Ministerio impugnante pues es el ente territorial, con cargo al subsidio a la oferta, y no al FOSYGA a quien le corresponde asumir el valor de los sobrecostos de los servicios médicos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. En consecuencia, se revocara el inciso del numeral segundo de la providencia impugnada al no ser viable el recobro allí reconocido.

## **DECISIÓN**

Sin más consideración la sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, administrando en nombre de la República y por autoridad de la ley.

## **RESUELVE**

**PRIMERO** – Se revoca el inciso segundo del numeral segundo de la sentencia de marzo doce (12) de dos mil siete (2007) preferida por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA dentro de la acción de tutela promovida por el señor CESAR ALFONSO MONTERO CARRILLO en representación del menor BRAYAN ALFONSO MONTERO MONSALVE contra la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, proceso al cual fue vinculado la ARS COMPARTA y el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA – FOSYGA DE MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL y se confirma la sentencia en lo demás.

**SEGUNDO** –Envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

**RADICADO: 206-2007**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: AUDES DE DIOS MARTÍNEZ SOTO**

**ACCIONADO; INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL Y MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL Y FOSYGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DOC. JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** se debe de conceder el amparo constitucional y asumir la totalidad del costo del procedimiento requerido por el accionante además del tratamiento integral de su enfermedad aunque lo requerido este fuera del POS?

**HECHOS**

Contra la sentencia del ocho (8) de marzo pasado, proferida por el Juzgado Segundo (2º) de Civil del Circuito de Bucaramanga, en la acción de tutela promovida por el señor EUDES DE DIOS MARTÍNEZ SOTO contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA, se interpuso el recurso de impugnación por parte de este último, del cual se ocupa la sala para su definición.

El señor EUDES DE DIOS MARTÍNEZ SOTO, se encuentra afiliado a la E.P.S del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL desde el año de 1996. Inicialmente medicamente la Cooperativa Asociados de Trabajo y actualmente como cotizante independientes.

Es una persona de 61 años de edad, quien, junto con su esposa, es manteniendo económicamente por su hijo JAIRO ALBERTO MARTÍNEZ.

El señor EUDES DE DIOS MARTÍNEZ SOTO, entre otros males que padece, fue operado de glaucoma en el ojo izquierdo. Actualmente, este problema se desarrollo, de tal manera que el médico tratante de la E.P.S, indico que se deba

realizar con urgencia el tratamiento quirúrgico de catarata, para así poder implantar un lente Faco, para preservar la visión del paciente.

La E.P.S Seguro Social, le exigió la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$ 1.800.000), debido a que el procedimiento requerido se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud P.O.S, situación tal, que implicó la realización de dicho procedimiento quirúrgico.

### **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Adujo, que el accionante es una persona de la tercera edad, quien padece de enfermedades como epilepsia y tensión arterial; y, que bajo la gravedad de juramento, manifestó carecer de los recursos económicos necesarios para sufragar sus gastos médicos. Añadió, que el accionante requiere de una cirugía de catarata en su ojo izquierdo, la cual no ha sido practicada por su E.P.S, debido a que esta entidad, se niega a asumir el costo de la misma y exige la cancelación de \$ 1.800.00, destinados a sufragar el costo del lente y de los instrumentos y equipos necesarios para la realización del procedimiento.

Considero, que en conexión con su vida digna, la salud del paciente adquiere un carácter de fundamentación; y, por esta razón, una limitación presupuestal no puede ser óbice para que el tutelante deba esperar que el I.S.S autorice el servicio médico solicitado. Resalto el A-QUO , que desde hace varios años el paciente viene sufriendo afecciones en su ojo, y que es vital importancia, para la preservación integral de su capacidad vital importancia, para la preservación integral de su capacidad visual la realización inmediata de la cirugía.

Concedió el amparo constitucional, y manifestó que la E.P.S del I.S.S. deba asumir la totalidad del costo del procedimiento requerido, además del tratamiento integral de su enfermedad, debido a que lo solicitado se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S. Advirtió, que si se llegaren a prestar servicios médicos excluidos del P.O.S, podía obtenerse el recobro al FOSYGA,

### **IMPUGNACIÓN**

Manifestó, que aunque el procedimiento requerido se encuentra dentro del P.O.S, el accionante requiere de un mínimo de semanas cotizadas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y estas, son las que pueden ser exigidas por las E.P.S. para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluido en el P.O.S.

Adujo, que el artículo 14 de la ley 1122 de 2007, establece que no habrá periodos mínimos de cotización o periodos de carencias superiores a 26 semanas en el régimen contributivo. Es decir, que si el accionante requiere de un tratamiento

integral antes de cumplir el periodo exigido, deberá sufragarlo directamente, pegando el porcentaje correspondiente a las semanas faltantes.

De otro lado, el accionante podrá tener acceso al servicio de salud integral, por medio de la adquisición de planes adicionales de salud P.A.S., de manera opcional y voluntaria, cuya financiación proviene de recursos distintos a los de la cotización obligatoria.

De otro lado, considera esta sala, que la situación que motivo la acción de tutela, no recae sobre hechos futuros e inciertos, tal y como se expreso, tampoco ha sido superada, puesto que la acción de tutela se instauro en beneficio de una persona de la tercera edad, quien padece de CATARATA EN EL OJO IZQUIERDO, situación que le puede generar perdida de su capacidad visual en la medida en que se dilate su intervención quirúrgica. Es decir, que el padecimiento del accionante, a la diferencia de lo que cree la E.P.S, es un padecimiento real y presente, el cual afecta determinadamente la vida digna del actor, puesto que se está exponiendo en riesgo la perdida de la faculta visual del paciente; y, no se puede entender esta situación superada, con la simple citación para que se le entregue la autorización, puesto que el objetivo mismo del amparo, es la realización efectiva del procedimiento quirúrgico, y de esa forma, la tutela de la vida y de la salud de una persona de la tercera edad.

Considera esta sala, que lo aducido por la entidad impugnante, respecto a los periodos mínimos de cotización para acceder a un servicio de salud incluido en el P.O.S que sea de alto costo, no es un impedimento para que la entidad prestadora de salud, cumpla su función legal, debido a que dichos pagos, no se constituyeron con el fin de impedir o restringir el acceso a los servicios de salud, cumpla su función legal, debido a que dichos pagos, no se constituyeron con el fin de impedir o restringir el acceso a los servicios de salud, si no para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En consecuencia, deberá la entidad recurrida garantizar la prestación efectiva del procedimiento exigido y lo demás que disponga el médico tratante deben suministrársele por ser vitales sin que sean admisibles los argumentos esbozados por la entidad impugnante, puesto que para tal fin fueron legalmente creadas, estos es prestar un servicio médico requerido. En caso, de no se requieran servicios médicos excluidos del P.O.S, puede repetir contra el FOSYGA, habida cuenta de ser necesarios para garantizar la vida y la salud de los afiliados y beneficiarios, por cuando el accionante carece de recursos económicos.

## **RESUELVE**

**CONFIRMAR**, la sentencia proferida el (8) de marzo del presente año por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Barrancabermeja, en la acción de tutela promovida por el señor EDUDES DE DIOS MARTÍNEZ SOTO contra el

INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL FOSYGA.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 079-2007**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: MARÍA DEL SOCORRO JAIMES en representación del menor GEILEN DAVID GARCÍA JAIMES**

**ACCIONADO: CAPRECOM ARS, SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER, CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS, Y MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** para los menores de un año de edad existe atención integral a su salud sin que se requiera amparo constitucional, otorgando medicamento o cualquier suministro excluido o incluido en el POS?

## **HECHOS**

GEILEN DAVID GARCÍA JAIMES, es un menor de siete (7) mese de edad, nacido prematuro de veintiocho (28) semanas y padece de la enfermedad de MEMBRANA HIALINA, DISPLASIA BRONCOPULMONAR, CORIAMNIONITIS MATERNA.

El menor, se encuentra hospitalizado en la Clínica Materno Infantil San Luis, con muy altas posibilidades de adquirir el virus respiratorio Sincitial (VRS), tal y como se establece en su historia clínica.

Debido a la enfermedad que padece, se le prescribió el medicamento PALIVIZUMAB SYNAGIS AMP X 50 y 100 MGS. A este respecto, los médicos tratantes informaron al Comité Técnico Científico que no hay medicamentos P.O.S.-S, que lo pueda remplazar.

Desde diciembre de 2006, le viene solicitado a CAPRECOM Régimen Subsidiado el suministro de dicho medicamento; el cual no fue entregado debido a que no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado P.O.S.-S.

La accionante, es una persona pobre, que no cuenta con ingreso estable; situación que le impide costear el medicamento necesario para restablecer la salud de su menor hijo, toda vez, que el medicamento y el tratamiento requeridos ascienden a la suma de NUEVE MILLONES DE PESOS (\$9.000.000.)

Mediante escrito del diecisiete (17) de abril de dos mil siete (2007) , la Directora Regional, manifestó la posición de la entidad , diciendo que el menor necesita de procedimientos y suministros fuera del POS

### **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Un análisis jurisprudencial exhaustivo de los derechos fundamentales y de las competencias de las entidades vinculadas; considero, que dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado P.O.S. los menores de un año cuentan con la atención integral en Salud requieran sin que medie amparo constitucional. Aun, en el caso que GELIEN DAVID GARCÍA JAIMES, cumpla un año de edad, y necesitando el suministro del medicamento exclusivo del P.O.S.S, viable inaplicar el procedimiento de solicitud ante el Comité Clínico Científico, en aras de salvaguardar el derecho fundamental a la salud por conexidad con la vida de un menor.

Este medicamento fue ordenado por un medico adscrito a la clínica donde el menor fue remitido por la A.R.S accionada; y que la familia del bebe no cuenta con los recursos económico suficientes para sufragar este tipo de medicamentos.

Se concluyo que CAPRECOM es la obligada a brindar atención integral en salud al menor, hasta que cumpla un año de edad, siempre y cuando el médico tratante adscrito a la entidad, considere que la salud del menor ha sido establecida, de lo contrario sebera seguir con el suministro de medicamento. Se estimo que CAPRECOM ARS podrá realizar el cobro respectivo al ente territorial competente, por ser este, quien suministra los subsidios a la oferta.

### **IMPUGNACIÓN**

Conforme al escrito allegado el 27 de abril del año 2007, la directora regional de CAPRECOM A R S propuso el recurso de impugnación.

Mediante escrito del diecisiete (17) de abril de dos mil siete (2007) , la Directora Regional, manifestó la posición de la entidad , diciendo que el menor necesita de procedimientos y suministros EXCLUIDOS DEL POS.

## **DECISIÓN**

**CONFIRMAR:** La sentencia proferida el 23 de abril del 2007 por el juzgado 6 Civil del Circuito de Bucaramanga, en la acción de tutela promovida por la señora MARÍA DEL SOCORRO JAIMES en representación de su hija GEILEN DAVID GARCÍA JAIMES contra CAPRECOM A R S, SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD, CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, Y FOSYGA.

### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

#### **SALA CIVIL- FAMILIA**

**RADICADO: 119-2007**

**PROCESO: IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA**

**ACCIONADO: LIZEHT KARINA GÓMEZ ESPINOSA**

**ACCIONADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL E.P.S.**

**MAGISTRADO PONENTE: DOC HENRY LOZADA PINILLA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** la accionante después de negado su medicamento constata que si están dentro del POS se debe oficiar al I INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL E.P.S para que le sean suministrados y contra que entidad debe de proceder para el respectivo recobro.

#### **HECHOS**

La indicada accionante, se encuentra en estado de embarazo presenta acción de tutela con el fin de lograr el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente violados por la EPS censurada al no suministrar los medicamentos ESIROMICNA tabletas por 3.000.000, ni ordenar la realización del examen de diagnostico AMNIOCENTESIS PARA EL LIQUIDO AMNIÓTICO.

Dice que con ocasión de encontrarse embarazada asistió a la E.P.S a un control de rutina, momento en el cual, el médico tratante detecto que estaba padeciendo TOXOPLASMOSIS PRIMOINFECCION, razón por la cual, inmediatamente, fue remitida a control especial por ser paciente de alto riesgo por su enfermedad y su embarazo de 28 semanas, además le prescribieron el medicamento ESPIROMICINA, tabletas por 3.000.000. La cual se debería tomar inmediatamente.

Señala que la E.P.S censurada le deniega el indicado medicamento alegando que no se encuentra incluido en el P.O.S., a su vez le informaron que debía someterse a Junta Médica y esperar si le autorizaban a no dicho medicamento, situación en la cual se le hace imposible esperar puesto que la actora y su hijo está por nacer se encuentra en peligro.

### **SENTENCIA DEL A-QUO**

El juzgado de instancia, luego de realizar una síntesis de los derechos y el trámite dado, concedió el amparo constitucional deprecado por la accionante al constatar que tanto la droga como el examen prescrito por el médico y reclamados por vía de tutela, se encontraban incluidos en el P.O.S. En esas condiciones, excluyo de responsabilidad al FOSYGA y ordeno, de oficio, investigar a la E.P.S Seguro Social, “en razón de obligar a sus afiliados a presentar tutela cuando los medicamentos o sus procedimientos están incluidos en el POS,”

### **CONSIDERACIÓN DE LA SALA:**

Lo primero que debe señalar la sala, aunque el vocero del I.S.S en la impugnación se empeñe en sostener lo contrario, es que tanto al medicamento como el examen de diagnóstico prescrito a lo solicitante, mujer en estado de embarazo que cotiza el régimen contributivo, por el médico tratante del I.S.S encuentra incluido en el P.O.S; LUEGO, ninguna razón le asiste a la citada E.P.S para negar la prestación del servicio y mucho menos para impugnar con éxito el fallo de instancia.

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo impugnado de origen, fecha y motivación reseñados, por las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO.** Notifíquese este proveído con la celeridad que impone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL FAMILIA**

**RADICADO: 431-2007**

**PROCESO: SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: EVERTH VARÓN HOYOS**

**ACCIONADO: ASMET SALUD A.R.S Y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL**

## **MAGISTRADO PONENTE: DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL**

**PROBLEMA JURÍDICO:** le corresponde a la ARS atender de forma solidaria el tratamiento y otorgar el medicamento al accionante aunque el mismo se encuentre fuera del POS?

### **HECHOS**

Según los autos que el señor EVERTH VARÓN HOYOS indican que se encuentra clasificado en el Nivel 1 del sisben y se encuentra afiliado a la ESSA ASMET. Desde hace 8 años le fue diagnosticado el virus del VIH. Actualmente padece de una alergia, como consecuencia de su enfermedad, por este motivo el médico tratante le prescribió el medicamento denominado CORTICOIDE NEOMICINA CREMA, el cual es necesario para su salud. La ARS no autorizó el medicamento por hallarse excluido del POS. El accionante señala que no tiene los recursos para suministrarse el medicamento ya que su trabajo como vendedor ambulante no le proporciona los ingresos suficientes.

### **PRIMERA INSTANCIA**

La señora Juez de primera instancia amparó los derechos invocados por el tutelista, ordenándole a ASMET que en dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le suministre al señor EVERTH VARÓN HOYOS el medicamento denominado CORTICOIDE NEOMICINA CREMA, en coordinación con la Secretaria de Salud Departamental para que sea suministrado con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.

### **IMPUGNACIÓN**

La decisión fue impugnada por la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, por cuanto considera que en base con el acuerdo 306 de 2005, "su enfermedad del VIH deteriora su sistema autoinmune puede presentar este tipo de complicaciones, por lo tanto, el servicio solicitado se considera evento de ALTO COSTO Y es POS-S.

### **CONSIDERACIÓN**

No se remite duda que el tutelista tiene derecho a que el sistema GENERAL DE SALUD no permita que se deteriore y su vida digna. Fuera como fuere, cuando el paciente pertenece a una ARS y carece de recursos para costearse un procedimiento NO POS, se tiene por averiguado que se le debe prestar por la ARS los servicios que para este se necesitan, posibilitándose el recobro de todo lo que en tal virtud se erogue, ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL y con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, si es que el caso no es de alto

costo y de enfermedad catastrófica, evento en el cual debe existir una póliza de seguro que la ampare directamente con respecto a este extraordinario suceso.

La pretensión de la ARS para vincular a FOSYGA, carece de toda sindéresis pues este fondo responde a las necesidades del POS y de la EPS sin que nada tenga que ver con la ARS.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO-CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el (4) de julio del año 2007 por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga para dirimir de fondo la acción del señor EVERTH VARÓN HOYOS, contra ASMET SALUD ARS Y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, modificándola en el sentido de autorizar a la ARS recobrar los valores que gaste en virtud a la atención que requiera el accionante , a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, siempre que lo haga por las vías administrativas pertinentes y que demuestre a satisfacción del GOBIERNO DEPARTAMENTAL que el tratamiento en cuestión no se halla en el POS, y en lo que le corresponde a enfermedades catastróficas , pues en esto último debe dirigirse contra sus reaseguradores, ya que en caso de ser necesario podrá la ARS ASMET SALUD hacer uso, si acaso quiere reembolsarse tales como (debido-se dice-a su alto valor), a través de la póliza de reaseguro que los reglamentos la obligan a tomar para eventos catastróficos, si es que el caso se encasilla en tales descripciones de los riesgos amparados, y corresponde el aventó a sus alegaciones de costo ingente.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL FAMILIA**

**RADICADO: 2007-405**

**PROCESO: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: ALIRIO DURAN**

**ACCIONADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ**

**PROBLEMA JURÍDICO: para un afiliado al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EPS que se le formulen medicamentos fuera del POS deben ser suministrados por la misma EPS y recobrar su costo a FOSYGA?**

## **HECHOS**

Desde el día 28 de octubre de 2006 padece una enfermedad cerebro vascular, por lo cual el médico tratante le prescribió los siguientes medicamentos. ASA por 100 mg, LOVASTATINA por 20 mg, METROPOL 50 mg, AMTODIPINO, BISACODILOX, CATROPIL, los cuales no fueron entregados por la ISS con la excusa de que estaban agotados.

Todo indica que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de las drogas.

En consecuencia, pide que se ordene a la entidad accionada la entrega de los medicamentos requeridos; prestarle la atención necesaria exonerada de pago de cuotas moderadoras, copagos, cuotas de recuperación y aquello no cubierto por el POS se ordene el cobro al FOSYGA.

## **PRIMERA INSTANCIA**

El AQUO dice mediante sentencia de julio cuatro del año 2007, conceder tutela y ordenar de inmediato al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo, suministre a través de sus IPS o de las instituciones de salud que haya contratado para tal efecto, y de manera oportuna los medicamentos ASA por 100 mg, LOVASTATINA por 20 mg, METROPOL 50 mg, AMTODIPINO, BISACODILOX, CATROPIL, ordenados por el galeno tratante y demás medicamentos que con ocasión de su enfermedad sean ordenados por los especialistas encargados del cuidado del paciente y en las cantidades prescritas, así como el suministro de los demás procedimientos médicos, quirúrgicos, tratamientos, entrega de medicamentos y en general la atención integral que necesite para restablecer su salud, con ocasión de la enfermedad que padece el actor, y además, reconocer el recobro al FOSYGA en relación con el costo del medicamento BISACODILOX.

## **IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión tomada por el A QUO, EL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL , FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍAS, impugna el fallo, al considerar que el medicamentos lovastatina, se encuentra dentro del POS y si bien, el Metropol, Amtodipino, Bisacodilok y Captropil están excluidos del POS, en materia de medicamentos su suministro por la EPS debe ser en los términos ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta que basta que se ordene el principio activo y concentración del establecido en el listado del acuerdo 228 DE 2002. Si no corresponde al paciente podrá acudir al Comité Técnico Científico de la respectiva EPS, para su aprobación. Por lo que solicita, ser revoque el fallo en lo que respecta a la autorización otorgada para el respectivo recobro al FOSYGA.

## **CONSIDERACIÓN**

Sin duda el derecho a la salud resulta digno de ser protegido mediante la acción de tutela, como en tantas oportunidades lo ha sostenido este Tribunal, pues no solo resulta en clara conexidad con el derecho a la vida, sino que , además, al proteger la vida no se trata del simple hecho de existir, si no de poder llevar una vida digna.

No obstante, lo anterior, la discusión de esta segunda instancia, no gira en torno del derecho a la salud, si no en lo atinente a la facultad de recobro otorgada al ISS contra FOSYGA, en relación con aquellos medicamentos y procedimientos excluidos del POS.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha reconocido a favor de las EPS la acción de repetición contra el Estado, para que este, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías, asuma el valor que corresponde al afiliado, en razón de que no se puede ignorar que la principal obligación del Estado es la de velar por la salud de la población.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO- CONFIRMAR:** la sentencia de fecha julio 4 de 2007 proferida por el Juzgado Sexto de Familia de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por ALIRIO DURAN, en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EPS, actuación a la cual fue vinculado EL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA .

**SEGUNDO.** Envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA CIVIL-FAMILIA**

**RADICADO: 2007-521**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

**ACCIONANTE: LUCILA BETANCUR, agente oficioso de CAMILO ÁLVAREZ**

**ACCIONADO: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. HENRY LOZADA PINILLA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Las personas de tercera edad que por su salud tengan necesiten el suministro de medicamentos fuera del POS, deben de ser autorizados los mismos por las entidades y así mismo remitir el cobro a FOSYGA?

## **HECHOS**

La señora LUCILA, accionante y compañera de CAMILO ÁLVAREZ de 64 años de edad, quien se encuentra afiliado a la EPS accionada. La accionante agrega que su compañero presenta una enfermedad de MAL DE PARKINSON asociado con un TRASTORNO DEPRESIVO, razón por la cual el médico tratante adscrito a la indicada entidad, le formulo el medicamento llamado SEROTAXT.

Se afirma que el fármaco en cuestión le fue suministrado por algún tiempo. A partir del mes de abril no se le ha vuelto a proporcionar, y la última vez que se lo dieron lo fue en forma incompleta, argumentado que el medicamento se encontraba agotado.

El ISS mantiene su negativa diciendo que la droga reclamada no se encuentra dentro del POS, no obstante que ya había sido autorizado por el Comité Científico de la entidad.

Así mismo se agrega que el medicamento en cuestión lo requiriere con carácter urgente, debido al trastorno que padece, y que su costo es muy alto y no tienen los recursos para adquirirlos.

## **TRAMITE DEL A QUO**

El juez a quo admitió la acción y ordeno correr traslado al instituto de SEGURO SOCIAL, para que se produjera sobre los hechos y pretensiones de la acción, a su vez vinculó oficiosamente al FOSYGA.

La EPS cuestionada dijo que el medicamento solicitado por la accionante no está incluido en el POS, y por ende, la actora debió pasar una petición al Comité Técnico Científico para la aprobación y el posterior suministró de la medicina. Agrego que, en caso de ser favorable la acción de tutela del accionante se le concede la facultad de repetir contra el FOSYGA.

El juzgado de instancia luego de realizar una síntesis de los hechos y el trámite dado, concedió el amparo constitucional deprecado por el accionante, vulnera los derechos invocados en el libelo.

Respecto de la solicitud elevada por la EPS ISS de autorizar a recobro al FOSYGA para el suministro del medicamento, la considero improcedente pues la Resolución número 2933 de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección

Social faculta a la EPS para obtenerlo sin que sea necesario sentencia que lo declare.

## **EL RECURSO**

El INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL impugno el fallo con el fin de que se adicione en el sentido en que se ordene el recobro a FOSYGA puesto que el medicamento SERTAZT no se encuentra dentro del POS. Ellos con el de salvaguardar los principios de la equidad y el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La nueva concepción del Estado Social de Derecho entraña constitucionalmente para que las instituciones que lo encaman, la defensa de valores supremos del ser humano como la vida y la salud, a través de garantías consagradas expresamente en su normatividad.

Por tanto hizo bien de primer grado en conceder la acción, puesto que se están protegiendo dichos “valores supremos”, además, la jurisprudencia constitucional en torno al derecho fundamental a la vida, ha indicado que este abarca las condiciones de vida digna, tales como el poder desarrollar todas las facultados asegurando la calidad de vida, como el mejoramiento de sus funciones vitales con la ayuda de los avances científicos y tecnológicos hasta el último segundo de su existencia.

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR:** la sentencia proferida de fecha de origen y antecedentes expuestos por lo expuesto.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE:** esta proveído con la celeridad que impone el artículo 30 del decreto 2591/91

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL – FAMILIA**

**RADICADO: 559-2007**

**DEMANDANTE: LIGIA INÉS PARRA PARICIO**

**DEMANDADO: INSTITUTO S DE SEGURO SOCIAL Y FOSYGA**

## **MAGISTRADO PONENTE: DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL.**

**PROBLEMA JURÍDICO:** se debe de conceder el amparo constitucional y asumir la totalidad del costo de los medicamentos teniendo en cuenta que es un menor de edad y que lo requerido este fuera del POS?

### **HECHOS**

El menor JOAHN SEBASTIÁN LÓPEZ PARRA, quien cuenta con 8 años de edad, se encuentra abonado a la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL en calidad de BENEFICIARIO y le fue diagnosticado DIABETES TIPO 1, enfermedad incurable que requiere control permanente y los siguiente medicamentos : TIRAS REACTIVAS ACTIVE ACUHECK, LANCETAS, JERINGAS DE INSULINA por mes, así como el suministro del medicamento del GLUCAGON ampollitas No. 2, para contrarrestar a hipoglucemia severa en caso de presentarse, los cuales el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL no autorizo , aduciendo que están excluidos del POS. Se solicita el cubrimiento de los ya mencionados medicamentos, ya que la afiliada no cuenta con los recursos económicos para poseerlos.

El INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL da contestación a la tutela informando que los medicamentos requeridos no se encuentran incluidos en el POS.

### **PRIMERA INSTANCIA**

La señora Juez de primera instancia ampara los derechos invocados por la tutelista ordenándole a la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, que en el termino improrrogable de 48 horas, contadas partir de la notificación de la presente decisión, autorice a favor del niño JOAN SEBASTIÁN LÓPEZ PARRA, el suministro de los medicamentos que el médico tratante le formulo para el bienestar de su salud y que el medicamento del GLUCAGON pueda recobrarlo a FOSYGA.

### **IMPUGNACIÓN**

La decisión en comento solo fue impugnada por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, por cuanto considero que el “suministro de TIRILLAS, JERINGAS Y ÑANCETAS, para la medicina de los noveles de insulina en la sangre, se encuentran incluidos en el POS, conforme al artículo 74 de la Resolución N. 5261 de 1994, por la cual se fijan las actividades y además el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, hace referencia al procedimiento para obtener medicamentos que estén por fuera del POS, el cual consiste en acudir ante el COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO de la respectiva EPS para su aprobación, con el fin de resguardar los derechos a la vida y que una vez ordenados por este, la EPS está obligada a suministrarlo y procederá a efectuar el recobro al FOSYGA.

Como quiera que los derechos a la vida digna y a la seguridad social en conexidad directa con el deber constitucional del Estado de otorgarles protección integral a sus asociados, estén por encima de reglamentos leales y resoluciones administrativas que los cercenan sin consideración alguna, se hace evidente que la decisión de primera instancia debe confirmarse. La EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL deberá suministrarle lo necesario, dejando abierta la puerta PARA QUE EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL pueda recobrar al FOSYGA.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR:** la sentencia de tutela proferida por el juzgado Primero de Menores de Bucaramanga, del día 5 de Septiembre del presente año, para dirimir de fondo la acción de la señora LIGIA INÉS PARRA APARICIO contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL , EPS y el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL , con la posibilidad de que el instituto DE SEGURO SOCIAL recobre ante FOSYGA, por todo gasto que ocurra en el cumplimiento de esta orden y que no esté comprendido en el POS, siempre y cuando así se lo demuestre al citado fondo, en desarrollo de la actual atención que el menor JHOAN SEBASTIÁN LÓPEZ PARRA requiere.

**SEGUNDO:** adviértase a la SECRETARIA DE LA CORPORACIÓN que debe enviar la citación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión a la mayor brevedad posible.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL – FAMILIA**

**RADICADO: 484-2007**

**DEMANDANTE: LUZ MARINA DUQUE CARVAJAL**

**DEMANDADO: INSTITUTO S DE SEGURO SOCIAL Y FOSYGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. AVELINO CALDERÓN RANGEL.**

**PROBLEMA JURÍDICO:** se debe de conceder el amparo constitucional y asumir la totalidad del costo de los medicamentos teniendo en cuenta que la accionante es beneficiaria desde hace 10 años a la EPS y que lo requerido este no está fuera del POS?

## HECHOS

Indica la accionante que se encuentra afiliada como beneficiaria al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL desde hace aproximadamente 10 años. Desde el 2002 le detectaron problemas en la tiroides, por lo cual fue remitida al médico endocrinólogo en la ciudad de Bucaramanga, teniendo desde entonces un tratamiento permanente para su enfermedad.

Afirma que en el 2006 la remitieron al especialista endocrinólogo, quien le realizó varios estudios, y sin embargo después de esta cita no me volvieron a dar más citas diciendo que el médico tratante ya se pensionó.

La accionante dice que los medicamentos que están dentro del POS que se le formularon como son el METROPOLOL, ASA TAB , por encontrarse agotados y que el medicamento LEVOTIROXINA se lo entregan incompleto .

## PRIMERA INSTANCIA

La señora Juez de primera instancia ampara los derechos invocados por la tutelista ordenándole a la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, que en el término improrrogable de 48 horas, contadas partir de la notificación de la presente decisión, autorice el suministro de los medicamentos que el médico tratante le formuló para el bienestar de su salud el examen que requiere

## IMPUGNACIÓN

La EPS DEL SEGURO SOCIAL impugno el fallo de primera instancia, solicitando que se revoque el numeral segundo de la sentencia recurrida por considerar que el tratamiento integral no es procedente, pues se está ante meras expectativas frente a hechos futuros e inciertos. Que la exoneración a FOSYGA de toda responsabilidad se contrapone a la orden del Juzgado de brindar tratamiento requerido, por que al tratarse de meras expectativas no es posible saber si los procedimientos o medicamentos se encuentran contemplados en el POS.

## CONSIDERACIÓN

La acción de tutela es un mecanismo subsidiario de carácter residual que busca proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, y siendo la accionante una afiliada en calidad de beneficiaria.

## DECISIÓN

**PRIMERO: CONFIRMAR:** la sentencia de tutela proferida por el juzgado Primero de Civil del Circuito de Barrancabermeja, del día 31 de julio del presente año, dentro de la presente acción de tutela solicitada por la accionante, conforme a lo

expuesto en la parte motiva de esta providencia con la aclaración que el tratamiento es el que se halle incluido dentro del POS.

**SEGUNDO:** enviar la citación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión a la mayor brevedad posible.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL – FAMILIA**

**RADICADO: 496-2007**

**DEMANDANTE: VÍCTOR GARCÍA PINZÓN**

**DEMANDADO: INSTITUTO S DE SEGURO SOCIAL Y OTROS.**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ**

**PROBLEMA JURÍDICO:** se debe de conceder el amparo constitucional y asumir la totalidad del costo de los medicamentos teniendo en cuenta que la accionante es beneficiaria a la EPS y que lo requerido este no está fuera del POS?

### **HECHOS**

Manifiesta el tutelista que le diagnosticaron hipertensión, inicio de suplemencia en agosto del 2001, en diálisis peritoneal autorizada y le ordenaron tomar el medicamento “SEVELAMER “, permanentemente, el cual no ha sido suministrado por el ISS.

Dice que actualmente su esposa es la única que trabaja y sus ingresos no alcanzan para subsistir y pagar el medicamento que se necesita, y por lo tanto se pide que la ISS suministre tales medicamentos t realice el respectivo tratamiento se encuentre o no fuera del POS.

### **PRIMERA INSTANCIA**

La señora Juez concede el amaro constitucionalmente solicitado y ordena al ISS suministrar al actor el medicamento formulado para su salud : así mismo la atención integral en punto de patología que hoy le aqueja siempre y cuando que lo prescrito por los médicos tratantes se encuentre enlistado en el POS ; deniega la solicitud de recobro a FOSYGA.

## **IMPUGNACIÓN**

LA ISS impugno el fallo de primera instancia, solicitando que se revoque el parcialmente a sentencia en LA NEGACIÓN del recobro del A FOSYGA, a pesar de ser el medicamento prescrito al actor de alto costo. Advierte que la atención integral que requiere el actor, puede incluir servicios médicos fuera del POS..

## **CONSIDERACIÓN**

La acción de tutela es un mecanismo subsidiario de carácter residual que busca proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, y siendo la accionante una afiliada en calidad de beneficiaria.

La jurisprudencia nacional en repetidas ocasiones ha reiterado la especial protección que merece el derecho a la vida, por están consagrado en el catalogo de derechos fundamentales y el derecho a la salud cuando se encuentre en conexidad con un derecho de tal estirpe

## **DECISIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR:** la sentencia de tutela proferida por el juzgado Primero de menores de Bucaramanga, del día 9 de agosto del presente año, dentro de la presente acción de tutela solicitada por la accionante.

**SEGUNDO:** enviar la citación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión a la mayor brevedad posible.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL – FAMILIA**

**RADICADO: 497-2007**

**DEMANDANTE: OLIVIO VILLAMIZAR SUAREZ** como representante de **SANDRA LETICIA VILLAMIZAR.**

**DEMANDADO: INSTITUTO S DE SEGURO SOCIAL Y FOSYGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DRA. MARIANELL GONZÁLEZ CASTILLO**

**PROBLEMA JURÍDICO:** se debe de conceder el amparo constitucional y asumir la totalidad del costo de los medicamentos teniendo en cuenta que la accionante es beneficiaria a la EPS y que lo requerido este no está fuera del POS?

## **HECHOS**

Manifiesta el accionante que su hija SANDRA MILENA VILLAMIZAR SANABRIA está afiliada al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL en calidad de beneficiaria. Que es una paciente psiquiátrica que ha requerido 5 hospitalizaciones previas a la actual.

Indica que el tratamiento que se le ha proporcionado a su hija no ha sido efectivo ya que el medicamento PIPOTIAZINA le genero parkinsonismo, por lo que el médico tratante le ordeno la RESPIRIDONA cada 15 días.

Agrega que dicho medicamento está excluido del POS y que su condición económica no le permite sufragar su costo toda vez que es pensionado y sus ingresos son para sostener a su familia.

## **PRIMERA INSTANCIA**

La señora Juez de primera instancia ampara los derechos invocados por el tutelista ordenándole ratificando la medida provisional impuesta EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, que en el termino improrrogable de 48 horas, contadas partir de la notificación de la presente decisión, autorice el suministro de los medicamentos que el médico tratante le formulo para el bienestar de su salud y autorizando el recobro a FOSYGA.

## **IMPUGNACIÓN**

FOSYGA impugno el fallo de primera instancia, solicitando que se revoque el parcialmente a sentencia en la orden del recobro del la EPS A FOSYGA, indicando que en el momento en que los medicamentos se encuentres excluidos del POS, deberá el paciente acudir al COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO de la entidad para su aprobación.

## **CONSIDERACIÓN**

La acción de tutela es un mecanismo subsidiario de carácter residual que busca proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, y siendo la accionante una afiliada en calidad de beneficiaria.

La jurisprudencia nacional en repetidas ocasiones ha reiterado la especial protección que merece el derecho a la vida, por están consagrado en el catalogo de derechos fundamentales y el derecho a la salud cuando se encuentre en conexidad con un derecho de tal estirpe

## **DECISIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR:** la sentencia de tutela proferida por el juzgado Primero de menores de Bucaramanga, del día 8 de agosto del presente año, dentro de la presente acción de tutela solicitada por la accionante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia con la aclaración que el tratamiento es el que se halle incluido dentro del POS.

**SEGUNDO:** enviar la citación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión a la mayor brevedad posible.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**RADICADO 519/2007**

**ACCIONANTE: MARTINA RANGEL VILLALOBOS**

**ACCIONADO: SOLSALUD**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ MAURICIO MARÍN MORA**

### **ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** cuando la vida de un ser humano depende de medicamentos que estén fuera del POS, se deben de otorga estos medicamos sin depender del régimen del afiliado y cuál es la entidad indicada?

### **HECHOS**

Su hermano es un hombre de 34 años de edad, y padece una dificultad respiratoria y severa “cardiomiopatía”. Actualmente se encuentra en tratamiento y ha permanecido internado varias veces, en el Hospital Regional del Magdalena Medio, debido a su deteriorado estado de salud, inclusive ha requerido de hospitalización en la Unidad de Cuidados Intensivos del I.S.S.

Una vez realizada la valoración por parte de medicina interna, se determino que para su supervivencia el suministros de oxigeno domiciliario de manera permanente, así como de los medicamentos ranitidina por 50 mgs; enalapril por 20 mgrs; metropolol por 50 mgrs, acido acetil asilicilico por 100 mgrs; furosemida por 40 mgrs; diogoxina por 0.25 mgrs y otro que se observa en la formula medica, pero es ilegible su denominación. Los problemas respiratorios del paciente sumados a la cardiopatía, hacen que permanentemente debe acudir a los centros hospitalarios a fin de tratar de menguar un poco sus afecciones.

Los interesados han solicitado en reiteradas oportunidades la entrega de los medicamentos e insumos que requiere OBED ENRIQUE RANGEL VILLALOBOS con urgencia ante SOLSALUD A.R.S., a la cual se encuentra vinculado, y a la secretaria de Salud Local, entidades que le han negado estos, en razón de que se encuentran fuera del POS-S.

La situación económica de la accionante es precaria y no tiene capacidad para sufragar los costos de lo requerido por su hermano de manera urgente para el restablecimiento de su salud, ya que ninguno de ellos cuenta con un trabajo permanente y no tiene un ingreso fijo.

Como pretensiones solicito la accionante que se ordene a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL Y A.R.S-SOLSALUD otorgar en forma inmediata y sin dilación alguna la atención medico integral que necesita su hermano, garantizándole la entrega de los medicamentos ordenados por el especialista tratante, incluyendo el suministro del oxígeno domiciliario, para así restablecer su salud.

### **PRIMERA INSTANCIA**

El Juez a-quo concedió el amparo de precado, anotando que la secretaria de salud departamental, sol salud EPS y el fondo de solidaridad y garantías Fosyga son los encargados de brindarle solución pronta y efectiva al servicio en salud de OBED ENRIQUE RANGEK VILLALOBO, por lo que ordeno a la secretaria de salud departamental autorizar y gestionar administrativa e inmediatamente la atención relacionada con los medicamentos ordenados por el médico tratante, como también el oxígeno domiciliario de manera permanente, conforme lo necesite y requiera el accionante afectado, para su enfermedad respiratoria y su diagnostico cardiomiopatía, prestación de servicio que deberá hacerla la EPS SOLSALUD, por cuanto el accionante afectado tiene el beneficio del régimen subsidiado en Barrancabermeja. Aclara que no hay lugar al cobro cuota moderadora. Por último, se indica que como el servicio solicitado es NO POS\_S la Secretaria de Salud Departamental puede recobrar lo pertinente al FOSYGA.

### **IMPUGNACIÓN**

Contra dicha providencia formulo impugnación el SUBDIRECTOR CIENTÍFICO de la Secretaria de Salud Departamental manifestando que el accionante afectado registra un sisben de Barrancabermeja con ARS CAPRECOM, con subsidio total. Refiere que OBED ENRIQUE presenta ICC REFRACTARIA, requiriendo suministro de oxígeno domiciliario; ranitidina , enalapril, metropolol, acido salicílico, furosemida y digoxina entre otros, medicamentos por especialista que son NO POS. Añade que todo servicio que se reclame no le corresponde a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, platea que el copago está

claramente definido y su aplicación es de obligatorio cumplimiento según decreto 2357 DE 1995 Capítulo IV artículo 16,17 y 18.

Cabe advertir que la decisión de primera instancia dictada el 15 de agosto del 2007 se notificó vía fax al FOSYGA el 16 de agosto de 2007, conforme el reporte de transmisión que obra en el informativo. En consecuencia la censura vertical propuesta por dicho fondo en el escrito que recibió el Juzgado Competente el 30 de agosto de 2007 es extemporánea, pues no se formuló en el término previsto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

## **CONSIDERACIÓN**

Es claro que el artículo 228 de 2002 determina los medicamentos que se encuentran establecidos dentro del POS; apareciendo allí los recetados al señor RANGEL VILLALOBOS. De manera que no es la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL a la que le corresponde autorizar a SOLSALUD a entregar al afiliado los medicamentos que le prescribieron y el suministro del oxígeno, puesto que en ambos casos el servicio y la atención debe ser suministrada por la ARS SOLSALUD. Respecto a los medicamentos por encontrarse incluidos en el POS, tendrá que suministrarlos en su totalidad, sin derecho a recobro a LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO:** aclarar los numerales segundo y tercero de la sección resolutoria de la sentencia materia de impugnación, de la manera que sigue: Ordenar a SOLSALUD EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, entregue a su afiliado las drogas que le recetó el médico tratante, según las formulas expedidas, suministrando además el oxígeno domiciliario permanente.

**SEGUNDO: OTORGAR** A SOLSALUD EPS la facultad de recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL por el suministro del Oxígeno domiciliario.

**TERCERO: REVOCAR**, los numerales 4 y 5 del fallo censurado. En su defecto precisar que no es procedente el recobro ante FOSYGA por parte de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL.

**CUARTO, COMPULSAR-** copias de la presente actuación con destino a la Superintendencia de Salud para lo pertinente, toda vez que la EPS SOLSALUD no suministró los medicamentos prescritos por el médico tratante al afiliado en el régimen contributivo pese a que están en el POS.

**QUINTO: ORDENAR** el envío del expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 381-2007**

**ACCIONANTE: FLOR ALBA LÓPEZ BANEGAS**

**ACCIONADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. OMAR JOSÉ AMADO ARIZA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** si a un usuario se le formula medicamentos psiquiátricos que ayudan al bienestar de su salud, el hecho que no estén incluidos en el POS es fundamentos valido para que las entidades responsables nieguen su suministro?

**HECHOS**

La señora FLOR ALBA LÓPEZ B. actuando como agente oficiosa de su hijo JAVIER VANEGAS LÓPEZ, formulo acción de tutela contra la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL , ARS Y HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO, reclamando la protección de su derecho fundamental a la salud en conexidad al derecho a la vida.

Su hijo se encuentra afiliado a la ARS y al SISBEN de Bucaramanga con nivel dos, quien ha presentado quebrantos en la salud en diferentes oportunidades por lo que requerido los servicios médicos por consulta externa en el HOSPITAL SAN CAMILO, en donde le diagnosticaron esquizofrenia paranoide, distonia aguda y abusa de spa.

Menciona que la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL y la ARS le niegan la autorización para los medicamentos de especialidad psiquiátrica, aduciendo que dichos medicamentos están fuera del POS.

Se afirma que está en riesgo la vida integral de su hijo, que actualmente se encuentra hospitalizado en el HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO e n donde le solicitan el pago de dicha atención, la cual no puede sufragar por ser una persona de escasos recursos.

## **PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento concedió la acción de Tutela solicitado por la señora FLOR ALBA LÓPEZ VANEGAS, actuando como agente oficiosa de su hijo JAVIER VANEGAS LÓPEZ, contra la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, ARS Y HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO, ordenando a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, que dentro del término de (48) horas contados a partir de la notificación de esta sentencia si aun no lo ha hecho, autorice la entrega de los medicamentos por la especialidad de psiquiatría denominados PIPOTIAZINA, BIPERIDENO, CLOZAPINA, CARBOMAZEPINA, sin exigirle copago o cuota moderadora por los servicios prestados, a su vez requiere a la parte accionante que debe presentarse en la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL con su documento de identidad, carnet del sisben, historia clínica, formato de negación de servicios de la ARS y la formula medica. De igual manera desvincula la presente acción de tutela al MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA, ARS, Y ESE HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO.

## **FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN**

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, por intermedio de su SUBDIRECTOR CIENTÍFICO, impugno el fallo de primer grado, argumentando que el servicio requerido por el tutelante se encuentra por fuera del POS, pero requerido por el tutelante se encuentra por fuera de POS, pero si fuere el caso que el medicamentos sea permanente y a futuro se continúe el control por medico general, se considera atención de nivel 1 y automáticamente se convierte en servicio POS.

## **CONSIDERACION DE SALA**

En este asunto la agente oficiosa reclamo los derechos fundamentales a la vida, a la salud, los que considera vulnerados por la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, ARS Y HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO, al no autorizar el suministro de los medicamentos formulados por el médico tratante.

No es de recibo para esta Corporación los argumentos de la Juez a-quo por cuanto no es a la secretaria de SALUD DEPARTAMENTAL la encargada de suministrar ya mencionados, pues la ARS CAPRECOM será quien debe asumirlos, pero con la facultad de recobro a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL con cargo en subsidio a la oferta.

En cuanto a la exoneración de pagos y cuota moderadora es necesario establecer que en el caso sub-examine si es procedente tal exoneración, toda vez que la tutelante no posee los recursos económicos necesarios para cubrir los costos del tratamiento que requiere su hijo.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el numeral primero, quinto, sexto y séptimo de la parte resolutive de la de la sentencia impugnada, proferida el 25 de junio de 2007 por el Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral segundo de la parte resolutive del mismo fallo y en su lugar se dispone ordenar a la ARS que dentro del término de las ( 48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aun no lo ha hechos, autorice la entrega de los medicamentos por la especialidad de siquiatria formulados por el médico tratante al hijo de la agente oficiosa, autorizándose el recobro a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL.

**TERCERO: ORDÉNESE** a la ARS CAPRECOM que le preste a JAVIER VANEGAS LÓPEZ el tratamiento integral incluido dentro del POS que sea prescrito por el médico tratante, sin exigirle copagos o cuota moderadora por los servicios prestados.

**CUARTO: REVOCAR** el numeral tercero de la parte resolutive del fallo impugnado.

**QUINTO: REVOCAR** parcialmente el numeral 4 de la parte resolutive del fallo, en el sentido de “desvincular de la presente acción de tutela al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL FOSYGA Y AL HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO.

**SEXTO:** Notifíquese la presente decisión a las partes por el medio más eficaz.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 447-2007**

**ACCIONANTE: BRICEIDA ROJAS agente oficiosa.**

**ACCIONADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EPS**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ MAURICIO MARÍN MORA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** si a un usuario se le formula medicamentos que ayudan al bienestar de su salud, el hecho que no estén incluidos en el POS es fundamentos valido para que las entidades responsables nieguen su suministro?

## **HECHOS**

La señora MARÍA DE LA CRUZ ROJAS DE ROJAS tiene 63 años de edad y sufre de Cataratas en ambos ojos, DESCOMPENSACIÓN CORNEAL, GLAUCOMA Y ULCERA CORNEAL en el ojo derecho. La citada es beneficiaria de los servicios del ISS. En la EPS le fueron recetados GLAUCOTENSIL, ZYMARAN, VIGAMOX, ATROPINA, LACRIL, VERACEF, CLORHOXIDINA. Dichos medicamentos fueron prescritos en abril del año 2007 y no están dentro del POS. La paciente recibe atención en la Foscal, donde le ordenaron los exámenes de laboratorio denominados, bacterias aerotolerantes, hongos, microbacterias, avi acanthamoebas, estudios microscópicos y cultivos. Si bien el ISS expidió las respectivas autorizaciones, la Foscal sostiene que para que dichos exámenes sean confiables deberán practicarse en su entidad o de lo contrario no garantizaran una buena atención.

La accionante solicita que se ordene al ISS EPS suministrar de manera compleja y oportuna a la enferma los medicamentos GLAUCOTENSIL, ZYMARAN, VIGAMOZ, ATROPINA, LACRIL, VERACEF, CLOROHORIXIDINA. Pide la exoneración de copagos por todo concepto,.

## **PRIMERA INSTANCIA**

La Juez de Primera instancia dicto sentencia concediendo la tutela y ordenando a la ISS EPS que autorice los medicamentos de "CATARATAS EN AMBOS OJOS, DESCOMPENSACIÓN CORNEAL, ULCERA CORNEAL EN EL OJO DERECHO" ordenados por el médico tratante de MARÍA DE LA CRUZ ROJAS.

Autorizo el recobro a la ISS EPS FOSYGA, en lo no POS, negando la pretensión para la práctica de los exámenes de laboratorios en la FOSCAL. Dispuso inaplicar la ley en lo referente a copagos.

## **FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN**

Contra dicho fallo se formula fallo de impugnación el gerente del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL discutiendo en suma la exoneración de cancelación de copagos, sosteniendo que es aplicables lo dispuesto en el acuerdo 260 del 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud y a la seguridad social de la señora MARÍA DE LA CRUZ ROJAS.

## **CONSIDERACION DE SALA**

Anótese que el hechos relativo a que María de la Cruz Rojas, de sesenta y tres años de edad, se beneficiaria del régimen contributivo, muestra su insolvencia patrimonial. De Los siguiente, la inaplicación que hizo en el presente asunto la

juez a quo del artículo 187 de la ley 100 de 1993 y demás normas afines en materia de copagos es correcta, a mas de que consulta la jurisprudencia Constitucional al respecto.

## **DECISIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR** sentencia objeto de impugnación, aclarando y complementando el numeral segundo de su parte resolutive, en cuanto que se ordena suministrar a la beneficiaria **MARÍA DE LA CRUZ ROJAS**, por razón de las enfermedades que sufre, allí descritas, los medicamentos ordenados por el médico tratante , a saber **GLAUCOTENSIL T, ZYMARAN, VIGAMOX, ATROPINA, VERACEF Y CLOROHXIDINA**.

**SEGUNDO: ORDÉNESE**, el envío del expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 145-2007**

**ACCIONANTE: CEFORA MUÑOZ DE ROJAS**

**ACCIONADO: SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER y la ARS COOSALUD**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. OMAR JOSÉ AMADO ARIZA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Los medicamentos formulados por el médico tratante a la usuaria están fuera del POS, se le deben de suministrar? ¿Cuál entidad es la responsable? ¿Hay recobro?

## **HECHOS**

En escrito repartido al mencionado juzgado, la señora **CEFORA NIÑOS DE ROJAS**, actuando en nombre propio, formulo acción de tutela contra la **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL**, el **HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER** y la **ARS COOSALUD**, reclamando la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, solidaridad, la vida, la salud y la seguridad social, los que considera vulnerados por las entidades accionadas.

Fundamenta la acción impetrada en los siguientes hechos: Que se encuentra Sisbenizada, -sic – nivel 1, y asegurada con la ARS COOSALUD, tiene 51 años de edad y sufre de tensión alta, rinitis crónica y ultimadamente le diagnosticaron HÍGADO GRASO, razón por la cual, el médico tratante le ordeno el medicamento HEPAMERA GRANULADO SOBRES Y L-OTININA L- ASPARTO, dirigiéndose a la ARS accionada para la debida autorización, donde se le expidió el formato de negación aduciendo que era NO POS.

Manifiesta que este mecanismo, es su único recurso para acceder a dichos medicamentos, en cuanto no tiene como sufragarlos, y ya es bastante sacrificio tener que transportarse hasta Bucaramanga, puesto que es muy pobre y vive en Aro toca

Con base en lo anterior, solicita tutelar sus derechos fundamentales, y en consecuencia ordenar a las entidades accionadas autorizar de manera inmediata la entrega de los medicamentos prescritos por medico tratante, y la atención integral que requiera, con el fin de evitar acudir a este mecanismo, cada vez que su médico ordene servicios de salud para su tratamiento

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento concedió el amparo solicitado por CEFORA MUÑOZ DE ROJAS, y en consecuencia ordeno a la Secretaria de Salud de Santander en coordinación con la ARS COOSALUD, para que autorice los medicamentos HEPAMERA GRANULADO SOBRES Y L- ORTINA L- ASPARTO, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de sentencia, quedando la tutelista exonerada del copago que pueda generarse por los mismos

Lo anterior luego de considerar, que si bien las entidades administradoras del Régimen de Salud sean EPS O ARS, están sujetas al cumplimiento del Plan Obligatorio de Salud, no obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado una serie de subreglas que ante la concurrencia de las mismas, como se depende del caso en concreto, se permite la inaplicación del POS O POS-S

Así mismo, manifiesta que en relación a la tentación integral, esta no puede ser acogida por cuanto no se puede tutelar órdenes médicas futuras sin tener certeza de que las mismas sean emitidas o no, razón por la cual, también queda exonerada del copago

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

La Secretaria de Salud Departamental, por intermedio del Subdirector Científico, impugno el fallo de primer grado, manifestando que los medicamentos que requieren la accionante son no POS-S, para lo cual la ARS COOSALUD tiene un Comité

Técnico Científico con base en la Resolución 3797 de 2004, creado entre otros, para analizar las autorizaciones de las soluciones presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, para los cuales, debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, que debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva

También advierte el impugnante, que no existe más responsable en el presente caso que la ARS COOSALUD, ya que buscar otro responsable, conllevaría a doble destinación de los recursos del Estado para un mismo fin, negando así la oportunidad de atención a otro usuario que no goce de aseguramiento. Motivos por los cuales solicita se tenga en cuenta lo anterior expuesto.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

En el presente asunto, CEFORA MUÑOZ DE ROJAS en nombre propio, reclama el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la solidaridad, la vida, la salud, la seguridad social, los que considera vulnerados por ARS COOSALUD, el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER y la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, al no autorizar y suministrar los medicamentos prescritos por el médico tratante, y la atención integral que requiere para el médico tratante, y la atención integral que requiere para el restablecimiento de su salud.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida, y a la integridad de la persona que requiere un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando: “ (i) la falta de servicio médico vulnerable a amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio, (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto lo beneficie: y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien esta solicitándolo. (Sentencia T-976 /05 M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)

Es de resaltar, que los medicamentos requeridos por la señora CEFORA MUÑOZ se encuentra excluido del POS-S, por lo tanto, es deber de la EPS-S COOSALUD suministrado al ser la entidad aseguradora de la patente, no obstante, deben ser cubiertos por parte de la Secretaría de Salud de Santander con cargo al subsidio a la oferta, conforme a lo dispuesto en la ley 715 de 2001 art 43 núm. 2.1 ley 1122 de 2007 arts. 14 y 20, acuerdo 244 de 2003 art 34 y el acuerdo de 306 de 2005

En cuanto la exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras, es necesario establecer, que en el caso sub-examine si es procedente tal exoneración, de conformidad con lo dispuesto en el literal g) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, toda vez, que CEFORA MUÑOZ DE ROJAS, permanece al nivel 1 del Sisben

Así las cosas, la corporación procederá a confirmar la asistencia impugnada, en lo atinente a la protección otorgada a los derechos fundamentales de la señora CEFORA MUÑOZ DE ROJAS, pero se modificara el numeral segundo (2) de la parte resolutive, el cual quedara así “ordenar a la EPS-S COOSALUD autorizar y suministrar a la señora CEFORA MUÑOZ DE ROJAS los medicamentos HEPAMERA GRANULADO SOBRES Y L-ORDINADA L- ASPARTO, en la cantidad y periodicidad prescrita por el médico tratante, si aun no lo ha hecho, dentro del término señalado por el juzgado de la instancia, con la posibilidad de recobro ante la Secretaria de Salud Departamental de Santander, por los costos que no esté obligado a sufragar en cumplimiento del presente fallo “

Así mismo, se adicionara la parte resolutive del fallo apelado, en el sentido de “ ordenar a la EPS-S COOSALUD que continúe suministrado todos los medicamentos y practique todos los procedimientos, controles, evaluaciones medicas y en general todo el tratamiento integral de salud contemplando en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, que requiera la señora CEFORA MUÑOZ DE ROJAS para el restablecimiento de su salud, exonerándola a su vez, del pago de cualquier cuota moderadora o copago, que se origine por la prestación de dichos servicios”

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia impugnada, proferida el 9 de julio de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, modificando el numeral segundo (2) de la parte resolutive, el cual quedara así “ Ordenar a la EPS-S COOSALUD autorizar y suministrar a la señora CEFORA MUÑOZ DE ROJAS los medicamentos HEPAMERA GRANULADO SOBRES Y L-ORTIDINA L- ASPARTADO, en la cantidad y periodicidad prescrita por el médico tratante, si aun no lo ha hecho, dentro del término señalado por el Juzgado de primera instancia, con la posibilidad de recobro ante la Secretaria de Salud Departamental de Santander, por los gastos que no esté obligado a cubrir en cumplimiento del presente fallo”

**SEGUNDO:** Adicionar la parte resolutive de la sentencia impugnada, ordenando a la EPS-S COOSALUD que continúe suministrando todos los medicamentos y practique todos los procedimientos , controles, evaluaciones medicas y en general todo el tratamiento integral de salud contemplando en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado que requiera la señora CEFORA MUÑOZ DE ROJAS para el restablecimiento de su salud exonerándola a su vez, del pago de cualquier

cuota moderadora o copago, que se origine por la presentación de dichos servicios

**TERCERO:** Desvincular del trámite de la presente acción a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER, por lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO:** Notifíquese decisión a las partes por el medio más eficaz y comuníquese a la resolución tomada al Juzgado de conocimiento

**QUINTO:** Remítase oportunamente la expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 446-2007**

**ACCIONANTE: SRA. SILDANA PIÑEROS DE RUIZ**

**ACCIONADO: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (I.S.S.)**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Los medicamentos no POS que sean necesarios para el bienestar y salud deben o no ser autorizados por las entidades para que los usuarios puedan consumirlas?

### **HECHOS**

La Señora Sildana Piñeros de Ruiz tiene 66 años de edad y le fue diagnosticado por el médico adscrito al instituto de Seguro Social “Arritmia por reentrada ventricular II, palpitaciones y dolos precordial”.

El médico tratante de la accionante le ordeno los procedimientos ECOCARDIOGRAMA MODO M BIDIMENSIONAL DOPPLER COLOR, PRUEBA DE ESFUERZO, T3, T4 y THS, que según recomendación del médico tratante deben realizarse en la Sociedad Cardiovascular de Santander.

Los medicamentos AMINADRONA, NEGILET Y ASAWIN, al igual que los procedimientos anteriormente descritos no fueron autorizados por parte del ente accionado, a excepción de las dos primeras drogas, por encontrarse fuera del Plan Obligatorio de Salud.

La accionante aduce no contar con los recursos económicos necesarios para costear por sí misma el medicamento y los procedimientos.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

El petitum se admitió a través de auto del veintiuno (21) de junio del año en curso, por el Juzgado cognoscente.

De otro lado no existió pronunciamiento de la entidad accionada.

### **DECISIÓN DE PRIMER GRADO**

El Juzgado del conocimiento, profirió sentencia el seis (6) de julio pasado, la cual fundamento en las sentencias T-283 y T-860 de 1999 del H. Corte Constitucional, las que consagran:

“El derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, no solo debe ampararse cuando se está frente a un peligro de muerte, o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino ante eventos que pueden ser de menor gravedad pero que puedan llevar a desvirtuar claramente la calidad de vida de las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano, así como sus determinados proyectos de vida.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El A-QUO concedió al amparo de tutela deprecado por la señora SILDANA PIÑEROS DE RUIZ en contra de la entidad INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S puesto que ha sido negligente desde la óptica de que no le ha autorizado la entrega del medicamento NEGILET, que es el más costoso y que está excluido del POS, al igual que no ha autorizado los procedimientos, por lo que se está vulnerando el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

Concluyo tutelando los derechos de la accionante, sin derecho al recobro del FOSYGA.

### **RECURSO DE IMPUGNACIÓN**

El diecisiete (17) de julio último, el Gerente del instituto de Seguro Social Seccional Santander, impugno la decisión, manifestando que el auto admisorio de la tutela, junto con el traslado de la demanda y sus anexos no fue notificado a esa dependencia, pese a que el juzgado en sentencia manifiesta que el ISS fue notificado vía fax por medio de oficio 1731 del 21 de junio de 2007, dicho oficio no fue recibido; motivo por el cual dicha EPS no dio contestación a la misma, motivo

por el cual no tuvo oportunidad para ejercer su derecho de contradicción, vulnerándose el derecho al debido proceso.

Afirmo además que el medicamento NEGILET le fue formulado a la accionante por medico no adscrito a la EPS.

De otro lado, que el Jefe Seccional del Departamento de Contratación de Servicios de Salud, en cumplimiento del fallo de tutela le expido las respectivas autorizaciones de los procedimientos ECOCARDIOGRAMAS MODO M BIDIMENSIONAL DOPPLER COLOR, PRUEBA DE ESFUERZO, T3, T4, THS a la accionante.

Respecto del medicamento NEGILET, del cual no habrá formula medica del ISS y según lo manifestado por la afiliada fue prescrito por médico particular, siendo aplicable lo manifestado por la H Corte Constitucional en sentencia SU\_480 de 1997; donde se declaro que la EPS debe prestar los tratamientos prescritos a los pacientes pero por el médico tratante contratado o adscrito a la misma.

Solicito que se declara la nulidad de lo actuado por violación al derecho del debido proceso por no existir traslado efectivo del auto admisorio de la acción de tutela interpuesta por la señora Sildana Piñeros de Ruiz.

## **RESOLUCIÓN**

CONFIRMAR: los numerales terceros (3º) y (4º) de la sentencia proferida el seis (6) de julio del año en curso, por el Juzgado Primero (1º) Promiscúo de la Familia de Barrancabermeja, en la acción de tutela, promovida por la señora SILDANA PIÑEROS DE RUIZ contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (I.S.S); al ser improcedente la solicitud de nulidad.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 2007-0169-01**

**ACCIONANTE: SRA. BEATRIZ MOTTA DE FERRER**

**ACCIONADO: E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. HENRY LOZADA PINILLA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Impugnación interpuesta por el ministerio de la Protección Social- Fondo de Solidaridad y Garantía “fosalca”, contra la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bucaramanga, por la acción de tutela de la parte accionante.

## **HECHOS**

En la actualidad cuenta con 87 años de vida, y es pensionada del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, Seccional Santander.

Debido a su edad presenta un ACV isquémico ACM derecha con Hemiparesia izquierda Secular, perdida de la memoria progresiva con tendencia al mutismo, actualmente se encuentra institucionalizada en un hogar geriátrico denominada VIDA A LA VEJEZ.

Añade que el médico tratante le prescribió dos fármacos necesarios para el tratamiento de la patología que padece: AKATINOL 10mg X30 y PLAVIX 75 mg X28, entre otros medicamentos necesarios, lo cual el costo es elevado y no cuenta con el dinero para sufragarlos. Al solicitarlos a la ESE Francisco de Paula Santander, no fueron entregados por no encontrarse en el P.O.S.

Debido a la urgencia y la necesidad con que se requieren los medicamentos, interpone la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable ya que sin el tratamiento practicado en el mínimo tiempo se puede acarrear daños graves a su salud.

## **PRETENSIONES**

En amparo a los derechos fundamentales vulnerados, se ordene ESE Francisco de Paula Santander suministrar los medicamentos ya nombrados.

De manera paralela solicito medida provisional ordenar la autorización de entrega de la droga prescrita por el médico, debido a la urgencia de la enfermedad.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juez a-quo concluyo que era procedente conceder la protección constitucional solicitada, para lo cual ordeno a la E.P.S accionada proveer la accionante la droga prescrito en los términos previstos por el médico tratante.

Autorizo a la indicada entidad para recobrar ante el “Fosalca” por aquellos servicios no POS. Por último denegó la solicitud de tratamiento médico integral, reservándose el amparo en esta oportunidad a la atención previamente ordenada.

## **IMPUGNACIÓN**

Contra la anterior determinación el Ministerio de la Protección Social FOSYCA, interpuso recurso de impugnación con miras a que se revoque el ordinal tercero de la sentencia en primer grado en cuanto se autoriza a la EPS a recobrar ante el FOSYCA. Que si el medicamento se encuentra excluido del POS el accionante puede recurrir al Comité Técnico Científico de la EPS quien determina la viabilidad del mismo, dando su aprobación, dentro de los distintos criterios que deben existir por el riesgo inminente para la vida y a la salud del paciente, debe ser verificado y demostrado con la historia clínica del paciente.

## **CONSIDERACIÓN DE LA SALA**

La acción de tutela consagrada en el Art. 86 de la Carta Política, como un procedimiento preferente, tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, por resultar vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

## **RESOLUCIÓN**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de primera instancia de contenido, fecha y anotaciones precedentes, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta decisión a los interesados con la celeridad prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO** envía el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

### **SALA CIVIL –FAMILIA**

**RADICADO: 2007-151**

**ACCIONANTE: JOSÉ LISANDRO ARDILA CAMACHO**

**ACCIONADO: ARS SOLSALUD**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. OMAR JOSÉ AMADO ARIZA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** los medicamentos no POS debe o no ser otorgados a los individuos que por su salud necesiten?

## ANTECEDENTES

Manifiesta que en el mes de julio del año 2000, presente Fractura Transcervical de Fémur Izquierdo, siendo atendido por la Clínica Santa Teresa de Bucaramanga, donde fue intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones, y debido a la complicación de las mismas presento una Osteomielitis Crónica, por lo cual su médico tratante le ordeno los medicamentos ACETAMINOFEN tabletas, SULFATO FERROSO tabletas, SULTAMINOFEN tabletas y GENTAMICINA crema, estas últimas la entidad accionada se ha negado a suministrar arguyendo que se encuentran excluidos del POS-S; situación que afecto gravemente la salud del paciente, por lo cual debió ser hospitalizado.

Asevera que padece esta enfermedad hace más de 7 años, lo que le impide trabajar, siendo de familia quien ha tenido que sufragar los gastos de transportes, hospedajes y demás, por lo tanto, no cuenta con los más mínimos recursos económicos para continuar el tratamiento

Así mismo, pide que se ordene a la entidad accionada a asumir los costos de transportes, alimentación y alojamiento, en razón al desplazamiento que debe hacer desde su Municipio hasta Bucaramanga para recibir el tratamiento médico. Por último, que se faculte a SOLSALUD ARS a recobrar al FOSYGA por las sumas que no le corresponda asumir en cumplimiento de presente acción

Por auto del 3 de julio de 2007, se admitió la acción, ordenando vincular a la Secretaria de Salud Departamental, notificar y correr traslado a las entidades demandadas, para que rindan informe explicativo sobre los hechos en que se fundamentan la tutela.

La Secretaria de Salud de Santander, por medio del subdirector Científico, dio respuesta a la presente acción, señalando que esta es una dependencia administrativa que gestiona la atención de la población pobre no asegurada del departamento y en lo no cubierto por el POS.

SOLSALUD EPS, por conducto del Asesor Jurídico Regional Nororiente, respondió la presente acción, manifestando que el medicamento SULTAMICILA TABLETAS ordenado por el médico tratante al tutelista no se encuentra fuera del POS-S, razón por la que no puede ser autorizado directamente por el Coordinador Médico sino que requiere de la autorización del Comité Médico si no que requiere de la autorización del Comité Técnico Científico de la institución. Añade que el medicamento GENTAMICINA CREMA se encuentra dentro del POS-S, por lo que debe ser solicitado ante la IPS junto con la documentación necesaria para facilitar su suministro

Concluye solicitando se declara la improcedencia de la acción y se ordeno a la Secretaria de Salud Departamental de Santander que suministre los medicamentos que no estén incluidos dentro del POS-S, que requiere el patente

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento concedido el amparo solicitado por JOSÉ LASANDRO ARDILA CAMACHO, y en consecuencia, ordeno a la Secretaria de Salud de Santander en coordinación con la ARS SOLSALUD, para que autorice el medicamento SULTAMICINA TAB Y GENTAMICINA CREMA, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia. Lo anterior luego de considerar, que si bien las entidades administradoras del Régimen de Salud, no obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado una serie de subreglas que ante la concurrencia de las mismas, como se desprende del caso en concreto, se permite la inaplicación del POS O POS-S

Así mismo, manifiesta que en relación a la atención integral, esta no puede ser acogida por cuanto no se puede tutelar ordenes medicas futuras sin tener certeza de que las mínimas sean o no emitidas

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

La Secretaria de Salud Departamental, por intermedio del Subdirector Científico, impugno el fallo de primer grado, manifestando que los servicios requeridos por el patente se deben a una complicación de un evento de Alto Costo, los cuales se encuentra contemplado dentro del POS-S

También advierte el impugnante, que no existe más responsable en el presente caso que la EPS SOLSALUD, ya que buscar otro responsable, conllevaría a doble destinación de los recursos del Estado para un mismo fin, negando así la oportunidad de atención a otro usuario que no goce de aseguramiento. Motivos por los cuales solicita se tenga en cuenta lo anterior mente expuesto

### **RESUELVE**

PRIMERO: Conformar la sentencia impugnada, proferida el 11 de julio de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, modificando el numeral segundo (2) de la parte resolutive, el cual quedara así “Ordenar a la EPS-S SOLSALUD autorizar y suministrar al señor JOSÉ LISANDRO ARDILA CAMACHO los medicamentos SULTAMICILINA TABLETAS Y GENTAMICINA CREMA, en la cantidad y periodicidad prescrita por el médico tratante, si aun no lo ha hecho, dentro del término señalado por el Juzgado de primera instancia, con la posibilidad de recobro ante la Secretaria de Salud Departamental de Santander, por los gastos que no esté obligado a cumplir en cumplimiento del presente fallo, con cargo de subsidio a la oferta”

**SEGUNDO:** Adicionar la parte resolutive de, la sentencia impugnada, ordenando a la EPS-S SOLSALUD que continúe suministrando los medicamentos y practique todos los procedimientos, controles, evaluaciones medicas y en general todo el tratamiento integral en salud contemplando en el Plan Obligatorio de Salud, exonerándolo a su vez, del pago de cualquier cuota moderadora o copago, que se origine por la prestación de dichos servicios

**TERCERO:** Adicionar la parte resolutive de la sentencia apelada, denegando la pretensión tercera (3) del escrito de tutela, relacionada con los gastos de transporte, alimentación y alojamiento que reclama el paciente, por lo expuesto en la parte emotiva de este proveído.

**CUARTO:** Notifíquese la presente decisión a las partes por el medio más eficaz, y comuníquese la resolución tomada al Juzgado de conocimiento

**QUINTO:** Remítase oportunamente el expedido a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión

**IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL – FAMILIA**

**BUCARAMANGA, VEINTIUNO DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: OMAR JOSÉ AMADO ARIZA**

**RAD: 034-2007**

**HECHOS:**

El señor Marcos Silva actuando en nombre propio formula acción de tutela contra SOLSALUD ARS Y LA SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD, para reclamar sus derechos fundamentales a la salud y la vida.

Se le detecto cáncer de próstata y el médico tratante le ordeno el suministro de los medicamentos: CIPROFLOXACINA 500 tabletas y BIFOSFATO SODICO \* 16 gr, para posteriormente practicar un examen denominado ULTRASONOGRAFIA DE PRÓSTATA TRANSRECTAL, medicamentos que no fueron autorizados por no encontrarse en el POS.

Mediante auto del 18 de diciembre de 2007 se admitió la acción de tutela y se ordeno notificar a las entidades anteriormente mencionadas y se concedió como medida provisional la entrega de los medicamentos.

SOLSALUD ARS, impugno el fallo de primer grado arguyendo que de conformidad con lo conveniente por el auditor medico en el escrito de la contestación de la tutela, la enfermedad que aqueja el accionante es una HIPERPLASIA PROSTÁTICA y no un cáncer de próstata pues el pronóstico no ha sido confirmado, agrega que el medicamento no se encuentra dentro del POS y que esta razón se expidió el certificado de la no entrega del mismo.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué manera se podrá hacer uso de los derechos fundamentales como la vida y la salud sin necesidad justificar ante la vía judicial que han sido violados?

### **CONSIDERACIONES:**

En el caso en concreto el señor MARCOS SILVA, reclama sus derechos fundamentales a la vida y la salud, además de la protección a las personas de la tercera edad, los derechos que considera han sido vulnerados por SOLSALUD ARS y la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD al no autorizar la entrega de medicamentos.

Evaluado el material probatorio se establece que el señor MARCOS SILVA, es afiliado al sistema General de Seguridad Social en Salud a través de SOLSALUD EPS, en el nivel 1 del SISBEN.

En este orden estima la sala que la EPS demandada esta en el deber de prestar a sus afiliados los servicios requeridos conformes las instrucciones del médico tratante adscrito a la institución.

Conviene aclarar que la atención integral a que se refiere el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia, comprende los servicios de salud incluidos en el POS.

Por lo anterior confirman lo dispuesto en los numerales 1, 2, 3, 4,5 y 6 de la parte resolutive de la sentencia de la sentencia impugnada, proferida el 21 de enero de 2008 por el juzgado tercero civil del circuito de Bucaramanga aclarando del numeral 2 que la atención integral a la que tiene derecho el accionante, señor MARCOS SILVA comprende los servicios incluidos dentro del POS.

También se adiciona al numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia impugnada en el sentido de autorizar a la EPS SOLSALUD para ejercer la acción de recobro correspondiente contra la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, con cargo al subsidio a la oferta, pero solamente en relación con el medicamento BIFOSFATO SODICO \* 16 gr(travad oral) Fco \* 133ml conforme a lo expresado en la parte motiva.

## **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**MAGISTRADA PONENTE: DRA.: JEANETT RAMÍREZ PÉREZ**

**BUCARAMANGA, VEINTIUNO DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO**

**RAD: 068-08**

## **HECHOS:**

La señora BERTHA MARÍA VILLAMIZAR, se encuentra vinculada al régimen contributivo del sistema de Seguridad Social en Salud teniendo como EPS el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, su afiliación se da porque es pensionada por tal entidad teniendo en cuenta su edad y sufriendo de la patología denominada DEMENCIA SENIL.

Como consecuencia de lo anterior le fue recetado el medicamento DONEPEZILO, el cual no le ha sido suministrado bajo el argumento de encontrarse excluido del POS, por estas razones la accionante reclama sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida para que se le brinde la atención integral necesaria.

En primera instancia se ampararon los derechos invocados por la accionante y se ordeno a la EPS INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, que se suministre el medicamento DONEPEZILO, guardando el derecho al recobro ante el FOSYGA.

La decisión fue impugnada por el Ministerio de protección social – FOSYGA quien considera que no es pertinente la orden de recobro, dado que la accionante previamente al suministro de un medicamento excluido por el POS debe acudir al comité Técnico Científico de la EPS con el objeto que sea autorizado para que el recobro proceda.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué manera se puede reclamar los derechos fundamentales como la vida, la salud y la seguridad social sin necesidad de hacer uso de la acción de tutela como mecanismo de defensa de los mismos?

## **CONSIDERACIONES:**

El objeto de la inconformidad del fondo recurrente radica en la premisa de no ser pertinente el recobro autorizado, si previamente el usuario no ha acudido al

Comité Técnico Científico, para que se le autoricen los medicamentos que no están dentro del POS.

Al respecto valga como precisión señalar, que el tema del recobro en materia de tutelas dirigidas contra entidades prestadoras de servicios de salud que pertenecen al régimen contributivo no es de novismo tratamiento.

Y si bien es cierto que la negativa del FOSYGA a la luz de la normatividad vigente es de recibo como que el medicamento DONEPEZILO está excluido del POS y que por tanto el derecho de recobro depende de la aprobación del suministro mismo por parte del Comité Técnico Científico de la EPS.

De esta manera se tiene que la protección al derecho a la salud es el presente caso es necesaria, mas aun cuando ha sido establecido que su suministro permanente es inexorable para la protección de la salud de la accionante y de su vida.

Para concluir se confirma la sentencia de tutela que aquí por impugnación de una de las partes se revisa y además complementar el numeral segundo de la sentencia donde se ratifica la media provisional decretada por este juzgado en el sentido de ordenar a la EPS SEGURO SOCIAL seccional Santander para que de manera inmediata suministre el medicamento indicado.

#### **REFERENCIA DE OTRAS SENTENCIAS:**

- Sentencia T-067 de 1994
- Sentencia T-165 de 1995
- Sentencia T-271 de 1995
- Sentencia T-114 de 1997
- Sentencia T-686 de 1998
- Sentencia T-382 de 1999
- Sentencia SU-819 de 1999
- Sentencia T-155 de 2000
- Sentencia T-1458 de 2000
- Sentencia T-423 y 517 de 2001.

#### **IDENTIFICACIÓN:**

Tribunal superior del distrito judicial de Bucaramanga  
Magistrado ponente: DR.: Ramón Alberto Figueroa  
Bucaramanga, dieciocho de febrero de dos mil ocho  
Rad: 105-2008

## **HECHOS:**

Indica la accionante de 63 años de edad que presenta un diagnóstico de artritis reumatoide progresiva con daño articular severo que no ha respondido a tratamiento de medicamentos, la médico tratante ordeno el medicamento ADALIMUMAB AMP \* 40 MGS, debido a que los medicamentos del pos no dieron ningún resultado pero la EPS lo niega pues no se encuentra en el POS.

Agrega que no tiene los suficientes recursos económicos para asumir el costo del medicamento el cual le calmaría el dolor y le evitaría la inflamación. Por otro lado alega que ante la negación del seguro en la entrega y ante la falta de recursos para asumir el costo es que acude a la acción de tutela para que sean protegidos sus derechos.

Mediante providencia del 28 de enero del año 2008 la juez de primera instancia ordeno al ISS que en el termino de 48 horas autorice el suministro del medicamento ADALIMUMAB AMP \* 40 MGS.

Inconforme con la decisión por el juzgado de primer grado el ISS presento la impugnación respecto del tratamiento integral y la exoneración de copagos.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Es posible que se sigan vulnerando los derechos fundamentales a la vida y salud porque los medicamentos y tratamiento necesarios para una mejor calidad de vida no se encuentren dentro de POS?

## **CONSIDERACIONES:**

En cuanto a los derechos presuntamente violados cita la accionante el de la vida, integridad física y al dignidad humana, solicita que se ordene al ISS autorizar el suministro del medicamento ADALIMUMAB AMP \* 40 MGS así como el tratamiento integral para el restablecimiento de su salud, además de exonerar de cualquier copago o cuota moderadora.

Es evidente que en caso de requerirse medicamentos y procedimientos NO POS al interior de cada institución existen los instrumentos pertinentes para su autorización sin necesidad de obligar al usuario a acudir al mecanismo de la tutela.

En consecuencia se confirmara la sentencia de primera instancia con aclaración respecto del tratamiento integral y se revocara la exoneración de cuota moderadora y copago y además el recobro al FOSYGA en términos generales.

Para concluir se confirma la sentencia proferida por la JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO de Bucaramanga del 28 de enero de 2008 dentro de la presente

acción de tutela propuesta por la señora ISABEL RUGE DE TORRES contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EPS y vinculado oficiosamente el FOSYGA.

Revocar parcialmente el punto primero de la providencia en cuanto exonero de copagos y cuotas moderadoras a la accionante, además de modificar el punto tercero de la sentencia impugnada para señalar que el recobro al FOSYGA es respecto del medicamento ADALIMUMAB AMP \* 40 MGS.

#### **REFERENCIA DE OTRAS SENTENCIAS:**

- Sentencia T-279 de 1997
- Sentencia T-693 de 2002

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ**

**BUCARAMANGA, OCHO DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO**

**RAD: 301- 2007**

#### **HECHOS:**

El señor RAFAEL URIBE SARMIENTO actuando como agente oficioso de su señora madre EVELIA SARMIENTO, presento demanda de tutela contra el ISS-EPS, en la que señala los derechos que le fueron violados.

La señora EVELIA SARMIENTO, padece de Síndrome demencial primario, trastornos de equilibrio, diabetes tipo I, isquemia cerebral “grado máximo de osteoporosis” además de tener un marcapaso implantado en su cuerpo y para el tratamiento de las patologías enunciadas le fueron formulados los siguiente medicamentos: VASTAREL MR 35 Mg, DIABON 1000 M, HIPERLIPEN 100 Mg, ALDACTONE 25 Mg, DORMEBEN 10 Mg, ASTONIN MERCK 0.1 Mg, CALCITROL 0.25 Mg, METFORMINA 850 Mg, LANITOP 0.1 Mg, NIMOTOP 30Mg, los cuales no han sido suministrados pues no se encuentran dentro del POS.

El Ministerio de la Protección Social impugno la decisión y señala que en primer término que existió nulidad de lo actuado por cuanto con la notificación del auto admisorio de la presente acción no se adjunto el escrito de tutela.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Es posible que frente a la necesidad que mejorar la calidad de vida de los pacientes el sistema de seguridad social sea tan deficiente, y no proceda rápidamente para obtener solución sin necesidad de realizar largos procedimientos?

## **CONSIDERACIONES:**

En primer lugar es necesario resaltar la manera como se impugnó la decisión de primera instancia, pues e habla de una nulidad puesto que si esta se abre paso no existiría razón para estudiar la petición subsidiaria.

Este despacho con miras de obtener elementos de juicio que permitieran tomar una decisión de acuerdo con la verdad, ordeno oficial al juzgado cuarto civil del circuito de Bucaramanga, a fin de que la persona encargada de realizar las notificaciones rindiera un informe sobre el medio y la forma utilizada para llevar a cabo esa función.

En cuanto a la pretensión subsidiaria presentada por el ministerio de protección social tendiente a obtener la revocatoria de la facultad otorgada a la EPS de recobrar contra el FOSYGA, cabe señalar que la decisión del funcionario de primera instancia fue acertada.

Vistas así las cosas hizo bien el a quo en dar vía libre al recobro contra el FOSYGA para lo referido a los medicamentos denominados VASTAREL MR 35 Mg, DIABON 1000 M, HIPERLIPEN 100 Mg, ALDACTONE 25 Mg, DORMEBEN 10 Mg, ASTONIN MERCK 0.1 Mg, pues en su condición de persona de la tercera edad, la paciente carece de los recursos económicos para asumir su costo, así lo afirmo el demandante y su aserto no aparece desvirtuado.

Por último se deniega la nulidad deprecada por el ministerio de protección social por las razones anteriormente expuestas, además de confirmar la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007 proferida por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA dentro de la acción de tutela promovida por RAFAEL URIBE SARMIENTO quien actúan como agente oficioso de su señora madre EVELIA SARMIENTO.

## **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL – FAMILIA**

**BUCARAMANGA, SIETE DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO**

**MAGISTRADO PONENTE: DRA.: JEANETT RAMÍREZ PÉREZ**

**RAD: 038-08**

## **HECHOS:**

El señor Teodoro Cardozo Pérez se encuentra vinculado al SISBEN del municipio de Bucaramanga dada su residencia y perteneciendo al nivel II. En la actualidad se encuentra adscrito a la ARS CAPRECOM y a la entidad a la que está vinculado es CAPRECOM ARS.

La anteriormente citada le niega la entrega de los medicamentos CHAMPÚ STIPROX, ITRAGEN CAP \* 16 DE 100 MG, DEIVOBET y la práctica del examen P.S.A (antígeno específico de próstata) los cuales le fueron ordenados por el médico tratante.

Por su parte CAPRECON ARS, al ser vinculada al trámite, se pronuncia indicando que los medicamentos señalados se encuentran excluidos del POS, razón por la cual el competente para suministrarlo es la secretaria departamental de salud de Santander.

El trámite de primera instancia fue clausurada, indicando él a quo a la ARS accionada, que como quiera que los servicios requeridos se encuentran excluidos del POS, debe efectuar su prestación sin dilación alguna autorizándole para efectuar el recobro frente a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué manera se podrá hacer posible que sean entregados los medicamentos no POS, a los usuarios del régimen contributivo sin necesidad de ser utilizada la acción de tutela como mecanismo de defensa frente a los derechos fundamentales?

## **CONSIDERACIONES:**

Para el caso concreto se tiene que el punto en discusión radica en el deber de la ARS de asumir medicamentos y procedimientos excluidos del POS con derecho de recobro por las sumas cancelados en dicho proceder.

Para el caso se considera que aquellos pacientes que se encuentren afiliados a una ARS y careciendo de recursos para costearse un medicamento o procedimiento NO POS, deben acudir a dicha ARS sobre quien pesa el deber de su suministro posibilitándose el recobro de todo lo que en tal virtud se erogue, ante la Secretaria De Salud Departamental.

En tal virtud, la orden de autorización y suministro de los procedimientos requeridos por el accionante y a cargo de la ARS accionada, tal y como lo ordeno el Juzgado Primero Civil del Circuito de la Ciudad, a juicio de esta sala acertada, en donde encaja perfectamente su derecho de recobro contra la secretaria departamental de salud

Para concluir se confirma en todas sus partes la sentencia de tutela proferida por el juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad, con fecha 07 de diciembre de 2007 y que por vía de impugnación de la ARS CAPRECOM, se conoce en esta oportunidad, iniciada a instancia del señor TEODORO CARDOZO PÉREZ contra la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER.

## **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL – FAMILIA**

**BUCARAMANGA, ENERO DIECISIETE DE DOS MIL OCHO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: JORGE ENRIQUE PRADILLA.**

**RAD: 001- 2008**

## **HECHOS:**

El señor JESÚS ANTONIO SUAREZ ALONSO, de 68 años de edad tiene antecedentes de CARDIOPATÍA ISQUÉMICA F.E 10%, BLOQUEO A.V DE TERCER GRADO CON MARCAPASO BICAMERAL, CON ENFARDAD CORONARIA SEVERA NO REVASCULARIZABLE, ANTECEDENTE DE CIRUGÍA DE REVASCULARIZACIÓN CORONARIA SIN VIABILIDAD EN 12/16 DE 16 SEGMENTOS, lo cual impide que pueda tener un nivel de vida estable.

Debido a lo anterior el señor SUAREZ, le fueron formulados los medicamentos DILATRAN 6.25, VASTARAL M12, CLOPIDROGEL 75mg Y MONIS 20 mg, estos fueron negados pues no se encuentran en el POS.

Considero el A-QUO que los medicamentos requeridos por el señor Jesús Antonio Suarez y no fueron autorizados por el ISS EPS son necesarios para aliviar la enfermedad que lo aqueja y para recuperar su salud.

Mediante escrito de 13 de diciembre de 2007, el gerente del ISS Seccional Santander, impugno la decisión en relación con la parte pertinente del numeral segundo sobre la atención continua.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué otra manera sería posible hacer valer todos aquellos que han sido vulnerados, en aquellos casos donde resulten involucradas las autoridades públicas o privadas?

### **CONSIDERACIONES:**

La acción de tutela fue instituida como un mecanismo de salvaguarda supra legal destinado a la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana, de modo tal que el desconocimiento de las autoridades administrativas afecta gravemente las vulneraciones a tales derechos.

En este caso, el derecho a la salud, por conexidad, adquiere el carácter de fundamental, por cuanto su desconocimiento vulnera el derecho a la vida en condiciones dignas, además de que la misma enfermedad y su evolución, le impiden al accionante trabajar normalmente y así obtener recursos económicos para sufragar sus padecimientos. El estado en virtud de sus principios fundamentales, deberá por medio de FOSYGA, hacerse cargo del tratamiento requerido, por el accionante, en lo no POS.

Por último se confirma el numeral segundo de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2007 por el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga , en la acción de tutela promovida por la señora FANNY DE JESÚS MORALES como agente oficiosa del señor JESÚS ANTONIO SUÁREZ contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EPS, pero adicionando en el sentido de autorizar el recobro al FOSYGA, según lo disponga posteriormente el médico tratante que no se hallen en el POS.

## **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL – FAMILIA**

**BUCARAMANGA, TREINTA Y UNO DE ENERO DE DOS MIL OCHO.**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: JOSÉ MAURICIO MARÍN**

**RAD: 766- 2007.**

## **HECHOS:**

La señora ADELINA TOLOZA BENAVIDES elevó acción de tutela frente al ISS-EPS, seccional Santander, pues relata la actora que se encuentra afiliada del ISS-EPS, en calidad de beneficiaria. Se le ordenó el suministro de MICOFENOLATO MAFETILO, medicamento para el tratamiento de la enfermedad que padece LUPUS ERITEMATOSO SISTEMÁTICO.

En noviembre de 2007 le fue prescrito por el médico tratante el cambio de fármaco ya que el anterior no estaba generando los efectos esperados prescribiéndole ahora MICOFENALTO CELL CEPT, la EPS le negó la entrega de dicho medicamento argumentando que no está incluido en la providencia de tutela de fecha 31 de julio de 2006.

El juez a-quo dictó sentencia accediendo al amparo reclamado, anotando luego del análisis jurídico y probatorio del asunto que el ISS- EPS debe prestar la debida atención médica, realizar todos los procedimientos necesarios y entrega de medicamentos prescritos por la actora para evitar discusiones injustificadas.

Contra el pronunciamiento del a-quo formuló impugnación el gerente de la entidad demandada, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia en cuanto ordena la entrega en forma periódica y mensual de los medicamentos y drogas que se le formulen a la accionante.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Será posible la entrega de medicamentos que no se encuentren dentro del POS, sin que las personas afectadas asuman un proceso extenso para que sean entregados?

## **CONSIDERACIONES:**

De acuerdo a los antecedentes reseñados el recurso interpuesto por el ISS-EPS, se orienta a que se revoque el numeral segundo del fallo de primera instancia, con

la argumentación de la improcedencia del amparo sobre hechos futuros e inciertos, o en su defecto se adicione al numeral tercero lo correspondiente al recobro al FOSYGA por el suministro de aquellos medicamentos que llegue a requerir la tutelante y que se encuentran fuera del POS.

Concluyese entonces que en principio las entidades promotoras de salud están obligados a suministrar exclusivamente medicamentos, procedimientos e intervenciones previstos en el POS al tenor de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, por lo no incluido en el POS le corresponda al estado a través de FOSYGA asumir los costos, cuando el afiliado al régimen contributivo carezca de recursos para cancelarlos.

De acuerdo con la historia clínica de la accionante y la complejidad de su enfermedad denominada LUPUS ERITEMATOSO SISTEMÁTICO, debe entenderse que de acuerdo a la evolución de la misma y de la reacción frente a los medicamentos es el médico tratante especialista al que le corresponda prescribirle el debido tratamiento.

Por lo anterior se confirma la sentencia objeto de impugnación, aclarando que el tratamiento que a futuro se prescribirá la accionante ADELINA TOLOZA, por los médicos que la atienden en el Seguro Social EPS se contrae en principio a los servicios y medicamentos conforme al POS.

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL – FAMILIA**

**BUCARAMANGA, VEINTIOCHO DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO.**

**MAGISTRADO PONENTE: DRA.: JEANETT RAMÍREZ.**

**RAD: 089- 08.**

#### **HECHOS:**

El señor FLAMINIO AGUILAR PINILLA está vinculado al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, teniendo como EPS el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, su afiliación a dicha EPS viene por ser pensionado por tal entidad, teniendo 68 años de edad y sufriendo de la patología consistente en un “DOLOR ABDOMINAL EN LA PARTE SUPERIOR”.

Como consecuencia de tal padecimiento le fue prescrito el medicamento INYECCIÓN DE ANESTESIA DENTRO DE NERVIOS PERIFÉRICOS CON FINES ANALGÉSICOS SOD, el cual no le ha sido suministrado bajo el argumento de

encontrarse excluido del POS. Admitida la demanda, fue vinculado al Ministerio de la Protección social FOSYGA.

El señor juez de primera instancia luego de articulada en debida forma la acción jurisdiccional de la referencia, amparo de los derechos invocados por el tutelista, ordenándole a la EPS, ISS que suministre el medicamento INYECCIÓN DE ANESTESIA DENTRO DE NERVIO PERIFÉRICO CON FINES ANALGÉSICOS SOD.

La decisión fue impugnada por el Ministerio de la Protección Social FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA SOCIAL- FOSYGA, quien requiere la revocatoria del fallo impugnado al considerar que no es pertinente la orden de recobro.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Es posible que no sean entregados los medicamentos que mejoran la calidad de vida de cada uno de los afiliados al sistema de seguridad social, porque no se encuentran en el POS?

### **CONSIDERACIONES:**

Observa ahora la sala que el objeto de la inconformidad del fondo recurrente radica en la premisa de no ser pertinente el recobro autorizado, si previamente el usuario no ha acudido al Comité Técnico Científico, para que se le autoricen los medicamentos excluidos por el POS.

Al respecto valga como precisión señalar, que el tema del recobro en materia de tutelas contra entidades prestadoras de servicios de salud que pertenecen al régimen contributivo, no es de novísimo tratamiento; para el caso y como primer punto, ha de indicarse que la jurisprudencia ha señalado que en presencia de una afrenta del derecho a la salud inseparable ligado al derecho a la vida, requiere de la protección constitucional reclamada.

Y es que si bien es cierto que la negativa del FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA SOCIAL – FOSYGA, a la luz de la normatividad vigente es de recibo, como que el medicamento “INYECCIÓN DE ANESTESIA DENTRO DE NERVIO PERIFÉRICO CON FINES ANALGÉSICOS”, está excluido del Pos y que por tanto el derecho de recobro depende de la aprobación del suministro mismo por parte del Comité Técnico Científico de la EPS, previo requerimiento del usuario.

De esta manera se tiene que la protección al derecho a la salud en el presente caso es necesaria más aun, cuando ha sido establecido que su suministro es inexorable para la protección de la salud de la accionante y de su vida en condiciones dignas y justas.

Por último se confirma la sentencia de tutela que aquí por impugnación de una de las parte se revisa.

### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, DIECIOCHO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL OCHO**

**MAGISTRADA PONENTE: DRA.: MERY ESMERALDA AGON AMADO**

**RAD: 704-08**

### **HECHOS:**

La señora ALICIA CUY RODRÍGUEZ, presenta acción de tutela contra la ARS SOLSALUD, a la que se vinculo la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER, la señora tiene 43 años de edad , es una persona de escasos recursos, beneficiaria al del régimen subsidiado en salud , nivel 1 y afiliada a SOLSALUD.

El 24 de abril de 2007 sufrió una caída que le produjo una fractura abierta de antebrazo izquierdo y como consecuencia la intervención quirúrgica en dos oportunidades. El resultado del retraso en los controles del post- operatorio de la primera intervención genero en el área lesionada de la accionante una OSTEOMELITIS CRÓNICA que no ha sido tratada de manera integral por la ARS.

La decisión es apelada por SOLSALUD EPS quien solicita MODIFICAR la sentencia recurrida y ordenar el recobro por el 100% a favor de solsalud por el tratamiento integral que no se encuentre dentro del POS.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Es posible que no sea utilizada la tutela como mecanismo de defensa de todas aquellas personas de escasos recursos que requieren necesariamente de los medicamentos recetados para mejorar su calidad de vida?

### **CONSIDERACIONES:**

En este caso el juez de tutela dio la orden de que se le prestara a la demandante el tratamiento integral, haciendo el siguiente referente “que requiera para alcanzar

la recuperación de la OSTEOMELITIS CRÓNICA que padece en su antebrazo izquierdo”

En relación con la orden de recobro a la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, solicitada por el recurrente el tribunal la concederá para aquellos tratamientos y servicios que no estén dentro del plan obligatorio de salud ni se entiendan incluidos en este. El fundamento de esta decisión está en el hecho de que puede presentarse la hipótesis de que la paciente requiera para tratar la OSTEOMELITIS CRÓNICA, un medicamento, un tratamiento o un buen servicio que no está dentro del POS ni se entiende incluido entonces como por ley debe asumir ese costo tendrá el derecho de repetir contra la SECRETARIA DEPARTAMENTAL.

Por último y para concluir se complementa el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de tutela del 8 de agosto de 2008 con la siguiente adición: el tratamiento que se ordena se prestara única y exclusivamente en los términos en que los médicos tratantes de la EPS lo ordenan.

Revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de tutela de 8 de agosto de 2008 y en su lugar se autoriza a la EPS solsalud para que se repita contra la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD por los gastos que incurra en cumplimiento de esta tutela pero solo por los tratamientos o medicamentos que suministre y que no estén en el POS.

#### **REFERENCIAS DE OTRAS SENTENCIAS:**

- T-926 de 1999
- T-307 de 2007
- T-016 de 2007

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, DIECISIETE DE ENERO DE DOS MIL OCHO.**

**MAGISTRADA PONENTE: DR.: RAMÓN ALBERTO FIGUEROA ACOSTA.**

**RAD: 725-2007**

## **HECHOS:**

La señora MARÍA EVELIA RAMÍREZ, instauro acción de tutela contra la SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la accionante contra la sentencia del 1 de noviembre de 2007.

Manifiesta que la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD venia suministrando el medicamento de manera regular, pero desde hace un par de meses lo suspendió pidiendo la suma de 260.000 por concepto de cuota moderadora. Que la entidad no tiene en cuenta que la ley 1122 de 2007 exonera de copagos y cuotas moderadoras a las personas que pertenecen al Sisben nivel 1.

Indica que hasta el momento la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD no ha dado cumplimiento al fallo a pesar de las continuas solicitudes verbales sin tener en cuenta que la juez sexto del circuito dio una orden tajante y sin condición alguna para el medicamento ADALIMUMAB HUMIRA AMP \* 40 MGS.

Mediante providencia del 1 de noviembre de 2007 el Juzgado de primera instancia declaro improcedente el amparo invocado por considerar que se pretender obtener la misma protección ya concedida por el juzgado sexto civil del circuito de esta ciudad, de tal manera que no es la acción de tutela la solución a la situación presentada, razón por la cual la patente debe insistir en el cumplimiento del fallo.

Inconforme con la decisión proferida por el Juzgado de primer grado la accionante impugno el fallo reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela. Agregó que el objetivo de la nueva tutela en nada tiene ver con los hechos de la acción de tutela fallada por el Juez sexto civil del Circuito pues lo pretendido es que se le exonere de pago de una suma de dinero debido a que pertenece al SISBEN NIVEL 1 Y que la ley ampara a personas en dicha posición social.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué manera se podrá solucionar la condición de la población de bajos recursos económicos y que se encuentran afiliados al nivel 1 del sisben para que con eficiencia sean entregados los medicamentos que no se encuentran en el POS?

## **CONSIDERACIONES:**

En el presente asunto, como lo señalo la misma accionante es claro que el Juzgado sexto civil del circuito de Bucaramanga ya resolvió sobre la entrega de la

medicina ADALIMUMAB HUMIRA AMP \* 40 MGS, por lo que de primera mano le asiste razón al Juez de primera instancia, pues no es posible emitir una nueva orden judicial ordenando el suministro del mismo medicamento.

La decisión tomada por el funcionario de primer grado es acertada, en cuanto se refiere a ordenar nuevamente el suministro del medicamento ADALIMUMAB HUMIRA AMP \* 40 MGS pues la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para lograr el cumplimiento de otros fallos.

Por consiguiente se revoca la sentencia proferida por el JUEZ QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO de Bucaramanga dentro de la presente acción de tutela propuesta por la señora MARÍA EVELIA RAMÍREZ contra la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER.

Tutelar los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna de la señora MARÍA EVELIA RAMÍREZ que han sido vulnerados por la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER.

Ordenar a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE SANTANDER atienda el contenido del literal g del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 y en consecuencia exonere de copago y cuotas moderadoras.

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, DIECIOCHO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL OCHO**

**MAGISTRADA PONENTE: DRA.: MERY ESMERALDA AGON AMADO**

**RAD: 708-2008**

#### **HECHOS:**

El señor GONZALO RODRÍGUEZ RICO, de 36 años de edad padece trastorno bipolar afectivo. El médico tratante le recetó los siguientes medicamentos: RISPERODONA DIVALPROATO Y AMANTACINA. La EPS ISS aun no le ha hecho entrega de los fármacos, los cuales son necesarios para evitar los trastornos y no cuenta con los recursos económicos necesarios para adquirirlos.

En concreto lo que pide es que se le haga entrega de los medicamentos, que se brinde la atención integral y que se exonere del pago por concepto del servicio de salud prestado.

El 21 de agosto de 2008 la juez civil del circuito de Bucaramanga profirió fallo de tutela, amparo los derechos fundamentales de Gonzalo, ordeno a la NUEVA EPS que en el termino de 48 horas proceda a autorizar y entregar los medicamentos requeridos para su enfermedad.

La anterior decisión fue apelada por la NUEVA EPS, pues dice que el medicamento requerido por el accionante no está dentro del POS, razón por la que el costo debe ser asumido por el usuario de quien se presume la capacidad de pago al encontrarse afiliado en el RÉGIMEN CONTRIBUTIVO.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué manera se podrá hacer posible la entrega de medicamentos que verdaderamente son necesarios para mejorar la calidad de vida de sus afiliados sin necesidad de agotar la vía judicial?

### **CONSIDERACIONES:**

Para la jurisprudencia no es aceptable que una EPS se niegue a autorizar la prestación de un servicio de salud NO INCLUIDO dentro del pos, bajo argumento que el afiliado es cotizante y por lo tanto se presume su capacidad de pago. Por el contrario la EPS cuenta con información acerca de la condición económica de la persona lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo de los medicamentos. Así lo contempla LA SENTENCIA HITO EN SALUD T- 760 DE 2008.

De igual manera no hay cabida alguna para exonerar de responsabilidad a la NUEVA EPS toda vez que la situación fáctica cumple con los siguientes requisitos:

- Los medicamentos fueron prescritos por el médico tratante.
- Estos no tiene reemplazo por otros medicamentos que si se encuentren dentro del POS.
- El accionante no tiene los recursos necesarios para asumir el costo de los mismos sí que se afecte su mínimo vital.
- El accionante requiere con urgencia los medicamentos en pro de salvaguardar su vida y su estado de salud.

En consecuencia fue la misma jurisprudencia la que estableció que en ningún caso los copagos o las cuotas moderadoras pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios a las personas más pobres, ni ser utilizadas para

discriminar a las personas que devengan tan solo un salario mínimo legal vigente, en razón de su enfermedad. De modo que bien hizo la juez al exonerar al sr RODRÍGUEZ RICO de esa obligación legal para que pueda acceder a los servicios de salud y garantizársele así la protección a sus derechos fundamentales, en especial a su salud, su integridad física y una vida digna.

En conclusión se CONFIRMA la sentencia impugnada y se notifica la presente decisión a todos los sujetos procesales.

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, TREINTA Y UNO DE MARZO DE 2008.**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: RAMÓN ALBERTO FIGUEROA ACOSTA.**

**RAD: 173-2008**

#### **HECHOS:**

El señor Rafael Antonio León en calidad de representante de su hijo menor JHON ALEXANDER LEON VÁSQUEZ. El 1 de febrero del corriente año, el menor presento malestar físico que obligo a su hospitalización inmediata en el hospital regional del Magdalena medio con sede en Barrancabermeja, pero luego dada la gravedad fue trasladado al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER.

El médico tratante determino que su hijo padecía de la enfermedad llamada GULLAIN BARRE, consistente en parálisis del cuerpo y consiguiente pérdida de la capacidad de realizar por si mismo cualquier actividad propia de todo ser humano.

Según el médico se requiere para una recuperación optima y efectiva la aplicación inmediata de unos medicamentos entre los cuales se encuentra la SANDOglobulina a fin de evitar secuelas neurológicas y progresión de la enfermedad. Expone que al solicitar en la farmacia del citado centro hospitalario la expedición de la medicina se le informo que tiene un costo de \$ 1.400.000 y luego que el mismo no se encuentra en el POS por lo cual debía asumir el costo.

Mediante providencia del 22 de febrero de 2008 el Juzgado de primer grado tutelo los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del joven JHON ALEXANDER LEON VÁSQUEZ. En consecuencia ordeno a SOLSALUD ARS que el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la

sentencia, autorice la PLASMAFERESIS y la atención integral en salud relacionada con el síndrome de GUILLAIN BARRE.

Inconforme con la decisión tomada por el juzgado de primera instancia la entidad promotora de salud del régimen subsidiado SOLSALUD EPS, presento la impugnación señalando que él había sido suministrado y que según escrito de tutela era SANDOGLOBULINA el cual no se encuentra dentro del POS. Que la entidad ha brindado al menor la atención que ha requerido y que se encuentran en el POS.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿De qué manera se podrá solucionar la condición de la población de bajos recursos económicos y que se encuentran afiliados al nivel 1 o 2 del sisben para que con eficiencia sean entregados los medicamentos que no se encuentran en el POS y además teniendo en cuenta que se trata de un menor de edad al cual se le deberían prestar los servicios médicos inmediatos?

### **CONSIDERACIONES:**

La sentencia de primera instancia ordeno a SOLSALUD entidad prestadora del régimen de salud subsidiado EPS, autorizar la PLASMAFERESIS y la atención integral del paciente toda vez que tiene un cuadro de evolución incierto, por lo cual en la parte motiva advirtió a la ARS sobre el respectivo recobro ante la secretaria de salud departamental.

Conforme a los documentos que fueron adjuntados al plenario se constata que el joven JHON ALEXANDER LEON VÁSQUEZ se encuentra afiliado a la entidad promotora de salud del régimen subsidiado solsalud y se encuentra en el nivel 2 del sisben. Que además según la historia clínica padece del síndrome de GUILLAIN BARRE hospitalizado hasta la fecha y cambiándosele el tratamiento de suministrar INMUNOLOGICAMENTE por la PLASMAFERESIS, según la evolución del mismo.

En virtud de lo anterior resulta claro que el paciente tiene derecho fundamental a recibir el tratamiento de salud y los medicamentos que le han sido formulados por su médico tratante, en forma integral, pues se trata de un menor de edad, quien está bajo la custodia del accionante quien no cuenta con los ingresos para atender en forma oportuna el tratamiento que requiera ante la enfermedad que sufre y amenaza su capacidad funcional e incluso su vida biológica.

Para concluirse confirma la sentencia proferida por el 22 de febrero del presente año, por la juez sexto civil del circuito de Bucaramanga dentro de la presente acción de tutela propuesta por el señor RAFAEL ANTONIO LEON en representación de su hijo menor JHON ALEXANDER LEON contra el HOSPITAL

UNIVERSITARIO DE SANTANDER y vinculados la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL FOSYGA y la entidad promotora de salud del régimen subsidiado SOLSALUD, con la adición de que SOLSALUD podrá ejercer la acción de recobro en contra de la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD en lo no cubierto por el POS, conforme a las consideraciones en que está sustentado el fallo.

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, TREINTA DE MAYO DE 2008.**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: ANTONIO BOHORQUEZ**

**RAD: 314-2008**

#### **HECHOS:**

El señor MANUEL JAIMES YEPES, afirma que se encuentra afiliado al régimen de seguridad social desde el 06 de diciembre de 1996, que actualmente cuanta con 78 años de edad y que depende económicamente de su mesada pensional.

Cuenta el actor que presenta antecedentes médicos de importancia como enfermedad coronaria, diabetes mellitus, hipotiroidismo arterial y depresión endógena; como antecedente quirúrgico revascularización cardiaca con Bay-pass en el año 1992 y desde esa época debe estar en control periódico con cardiología.

Asegura que el 22 de febrero de 2008 el Dr. Luis Eduardo Echeverría medico tratante del peticionario, decidió adicionar 2 medicamentos novedosos para las patologías que presenta el accionante, CRESTOR (Rosuvastin calcium) por 20 miligramos y AVANDIA (Maleato de rosiglitazona) por 4 miligramos, los cuales no se encuentran incluidos en el POS, razón por la cual debe asumir el cosco de los mismos.

El a-quo, mediante providencia de abril 16 de dos mil ocho (2008), resolvió tutelar el derecho fundamental a la salud del señor MANUEL JAIMES YEPES. En consecuencia ordeno al ISS que en el término de 24 horas autorice el suministro de los medicamentos formulados, sin perjuicio de efectuar el respectivo recobro contra el Fosyga.

El ISS – SECCIONAL SANTANDER, decide impugnarla, con fundamento en que la atención medica integral ordenada por la funcionaria de primer grado es

improcedente, por cuanto recae sobre hechos futuros e inciertos. Solicita que se revoque la orden impartida en el numeral 2 del fallo de primer grado.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Podrá el Sistema de Seguridad Social crear mecanismos para que la entrega de medicamentos a personas con enfermedades graves sea eficientemente, sin necesidad de concurrir a un proceso extenso?

### **CONSIDERACIONES:**

La decisión del funcionario de primera instancia, en lo que atañe a la orden de asistencia integral de la tutelante, es hoy motivo de inconformidad por parte del ISS al considerar que no debe ordenarse la protección integral y sin restricción al paciente, por tratarse de una pretensión hipotética, incierta y difusa, la cual está en contravía de lo contemplado en la jurisprudencia constitucional colombiana y que por contera lesiona los intereses económicos de la EPS.

En este punto cabe señalar que, la llamada “atención integral” del paciente no es otra cosa que la exigencia que hace el juez a la EPS de cumplimiento de sus obligaciones legales, vale decir, contempladas en el POS. Si no existe un procedimiento médico que se imponga con claridad, por fuera de dicho catálogo, no hay lugar a ordenar recobro alguno.

Nótese, además que le juez de la primera instancia concedió el recobro condicionado, obviamente a que los medicamentos realmente no se hallen en el POS, luego la petición subsidiada tampoco tiene cabida en esta instancia, por cuanto ya fue concedida por la funcionaria de primer grado.

Por último se confirma la sentencia de 16 de abril de dos mil ocho proferida por el juzgado decimo civil del circuito de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por MANUEL JAIME contra el ISS Y LA EPS SERVIR.

### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, VEINTIDÓS DE MAYO DE 2008.**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: OMAR JOSÉ AMADO.**

**RAD: 325-2008**

## **HECHOS:**

La señora CECILIA SUAREZ como agente oficiosa del señor SOCORRO ANGARITA, formulo acción de tutela contra el ISS. Argumenta que el señor de 64 años de edad, se encuentra afiliado al ISS como beneficiario desde 1991 y hace 12 años se le diagnostico "venas varicosas de los miembros con ulcera" la cual se trato sin obtener buenos resultados por lo que el 14 de abril de de 2008 su médico tratante le ordeno 4 tubos de extracto acuoso de triticun vulgar crema fitoestimuline 3gr por tres meses.

Agrega que el ISS se niega a suministrar el medicamento por encontrarse fuera del POS y la accionante carece de recursos para asumir el costo del mismo.

El juzgado de conocimiento concedió el amparo solicitado a favor del señor SOCORRO ANGARITA, y en consecuencia ordeno al ISS que en el termino de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, autorice el medicamento denominado: EXTRACTO ACUOSO DE TRITICUN VULGARE-FITOESTIMULINE CREMA \* 3mg, en la cantidad que el accionante lo requiera.

El ISS, impugno el fallo, solicitando que se revoque la exoneración concedida al tutelista en relación con el pago de cuotas moderadoras y copagos, pues los servicios de salud requeridos por el accionante no están exentos de tales pagos.

## **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Será posible que de una u otra manera sea más eficiente la entrega de medicamentos que no se encuentre dentro del POS a las personas de la tercera edad teniendo en cuenta la necesidad debido a las patologías y a su nivel económico?

## **CONSIDERACIONES:**

En El presente asunto CECILIA SUAREZ actuando como agente oficioso del señor SOCORRO ANGARITA, reclama el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud la seguridad social y la protección especial a la personas de la tercera edad, los cuales considera vulnerados por el ISS- EPS al no autorizar el medicamento denominado: EXTRACTO ACUOSO DE TRITICUN VULGARE-FITOESTIMULINE CREMA \* 3mg, así como la atención integral que requiere el accionante para el restablecimiento de su salud, exonerándolo del pago de cuotas moderadoras y copagos, alegando la entidad accionada que el medicamento solicitado se encuentra excluido del POS.

De acuerdo a lo expuesto por el impugnante, el recurso se orienta exclusivamente a que se revoque la exoneración de copagos, cuotas moderadoras y cualquier tipo de pago por los servicios médicos prestados al accionante, por lo que respecto del

impugnante la sal solo se pronunciara en ese sentido. No obstante lo anterior, en el trámite de la acción de tutela no aplica la prohibición de la reformatio in pejus, la sala se pronunciara respecto de los derechos que no hayan sido reconocidos al accionante.

En consecuencia, se revocara el numeral quinto del fallo impugnado para ordenar la atención integral del paciente hasta que supere la patología “venas varicosas de los miembros con ulcera”

Por lo anterior se confirma parcialmente la sentencia proferida el 29 de abril de 2008 por el juzgado cuarto de familia de Bucaramanga, revocar el numeral cuarto que exonero al tutelante del pago de recuperación y copagos y por ultimo revocar el numeral quinto y en su lugar ordenar al seguro social que suministre al señor Socorro Angarita la atención integral que requiera para la recuperación de su salud, respecto de su dolencia “venas varicosas de los miembros con ulcera” y que se encuentre en el POS.

#### **IDENTIFICACIÓN:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA.**

**BUCARAMANGA, VEINTIDÓS DE MAYO DE 2008.**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: OMAR JOSÉ AMADO.**

**RAD: 341-2008**

#### **HECHOS:**

El señor MARIO MACEREO VALBUENA de 18 años de edad se encuentra afiliado a la EPS- ISS, como cotizante dentro del régimen contributivo en salud, afirma la accionante que su padre padece enfermedad del corazón desde hace aproximadamente diez años presentando INSUFICIENCIA CARDIACA e igualmente, desde hace 5 años le fue diagnosticada una DIABETES la cual ha venido siendo tratada con insulina.

En octubre de 2007, Mario Valbuena fue remitido al cirujano quien le detecto un TAPONAMIENTO ARTERIAL DE MIEMBROS INFERIORES. Manifiesta la actora que el médico tratante le formulo medicamentos de: ACETAMINOFEN 500mg, CODEINA 300mg Y CLOPIDROGEL 75mg tb; los que fueron negados por parte de la EPS (sin expedir carga de negación) aduciendo que no se encuentran en el POS.

Considero el A-quo que por lo señalado en el escrito de tutela el señor MARIO VALBUENA efectivamente necesita los medicamentos señalados para el tratamiento de su patología TAPONAMIENTO ARTERIAL DE MIEMBROS INFERIORES, porque le está causando complicaciones en su salud, tales como dolor extremo e inmovilidad de sus extremidades inferiores. Por lo que una negativa en la prestación del servicio de salud afecta indudablemente su derecho fundamental de la vida en condiciones dignas y mas tratándose de una persona de la tercera edad.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Sera posible que la entrega de los medicamentos y tratamiento no POS sea de una forma eficiente para las personas de la tercera que reclaman su amparo en la constitución política?

### **CONSIDERACIONES:**

El derecho constitucional fundamental a la vida no significa, en manera alguna, la posibilidad de existir de cualquier manera, sino la posibilidad de tener una existencia digna. Así no solamente el que la persona sea puesta al borde de la muerte amenaza el derecho a la vida sino que aunque tal circunstancia sea lejana, también lo amenaza el hecho de que su titular sea sometido a una existencia indigna, indeseable, dolorosa etc.

En este orden se entiende que fue acertado el A-quo por cuanto jurisprudencialmente se ha entendido que “la vida hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que también abarca las condiciones de vida digna, tales como el poder desarrollar todas sus funciones vitales en circunstancias de decoro y sin padecimientos, hasta el último instante de su existencia”

Por consiguiente se confirma la sentencia proferida el 28 de abril de 2008 por el juzgado sexto civil del circuito de Bucaramanga en la acción de tutela promovida por la señora LUZ MERY MACAREO como agente oficioso de MARIO MACAREO contra el ISS- EPS y el Ministerio de la Protección social- FOSYGA.

### **IDENTIFICACIÓN**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL Y FAMILIA**

**BUCARAMANGA, VEINTINUEVE DE ABRIL DE 2008**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ**

**RAD: 235-2008**

## **HECHOS**

La señora ELVIA SANABRIA DE NARANJO, actuando como agente oficiosa del señor LUIS OVIDIO NARANJO, indica que se le han violado los derechos fundamentales a su esposo como el de la vida, la salud y la dignidad humana. Sostiene que el su esposo se encuentra afiliado al **I.S.S – SECCIONAL BUCARAMANGA** en calidad de beneficiario.

Afirma que el 25 de enero de 2008 el médico le diagnostico una enfermedad llamada HIPEREMIA CONJUNTIVAL EN EL OJO IZQUIERDO, la cual requiere de una serie de medicamentos y tratamientos para su recuperación.

Agrega que el médico le ordeno los siguientes medicamentos MOXETIN TAB. X 20MG CAJA #, NATACYN (NATAMICINA GOTAS), IZYMARAN GOTAS # 1. Las cuales fueron negadas por el accionado pues afirman que estos no se encuentran dentro del pos.

El a quo mediante providencia del 03 de abril de 2008 resolver la tutela impuesta por la señora ELVIA SANABRIA DE NARANJO, contra el **I.S.S- EPS SECCIONAL BUCARAMANGA**. Donde se vinculo de manera oficiosa al FOSYGA y por consiguiente se ordeno autorizar y entregar los medicamentos y el tratamiento integral solicitado por el médico tratante.

Por último el **I.S.S –EPS SECCIONAL BUCARAMANGA**, decide impugnar la decisión dada por el a quo, fundamentándose en que para la entrega de los medicamento NO POS se requiere que el usuario allegue la formula medica original junto con la copia de la epicrisis medica ordenadas por el médico adscrito a la EPS para que sean entregados los medicamentos. Por lo anterior se solicito un plazo prudencial para la entrega de los mismos.

## **PROBLEMA JURÍDICO.**

¿Es posible que sean entregados medicamentos que no estén dentro del pos a las personas que no tienen suficiente capacidad económica y que estén dentro del régimen contributivo?

## **CONSIDERACIONES.**

Sin duda la tutela como está consagrada en la constitución es un mecanismo de defensa para los derechos fundamentales los cuales han sido vulnerados de una u otra manera, es la manera más rápida para conseguir una protección de esos derechos que resultaren violados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

El a quo concedió el amparo solicitado y ordeno a la EPS la autorización y entrega de medicamentos negados por el ISS de igual manera el tratamiento integral requerido.

Este precepto legal busca que el estado sea el encargado de brindar servicios médicos a todos los afiliados del régimen contributivo, cuando se requieran medicamentos o tratamientos que no estén incluidos dentro del pos.

Para concluir es preciso decir que se confirma la sentencia del 03 de abril de 2008 proferida por el juzgado cuarto civil del circuito de Bucaramanga, en acción de tutela instaurada por la señora ELVIA SANABRIA DE NARANJO, actuando como agente oficiosa del señor LUIS OVIDIO NARANJO, contra el ISS – EPS SECCIONAL BUCARAMANGA, donde también fue vinculado el FOSYGA.

## **IDENTIFICACIÓN**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA SALA CIVIL Y FAMILIA**

**BUCARAMANGA, DIECIOCHO DE SEPTIEMBRE DE 2008**

**MAGISTRADO PONENTE: DR.: RAMÓN ALBERTO FIGUEROA.**

**RAD: 722-2008.**

## **HECHOS.**

la señora CLAUDIA JOHANA ORTIZ ROJAS, actúa como agente oficiosa del señor JOSÉ ANTONIO ROJAS, que actualmente tiene 83 años y se encuentra afiliado en el régimen contributivo EPS-ISS. Padece de una enfermedad llamada DIABETES MELLITUS, por lo cual se le ordeno HEPAMERZ SOBRES N° 30, el cual fue negado en la farmacia por no encontrarse dentro del pos.

Afirma que se necesita con suma urgencia este medicamento pues el señor JOSÉ ANTONIO ROJAS, está en riesgo de un coma diabético por lo que requiere del medicamento.

Mediante providencia del 20 de agosto de 2008 el juzgado de primera instancia concedió amparo y ordeno a la NUEVA EPS S.A, que en el termino de de 48 horas proceda a autorizar y realizar al señor JOSÉ ANTONIO ROJAS, el medicamento HEPAMERZ SOBRES N° 30, así como la atención integral que requiere el paciente.

La NUEVA EPS S.A, impugno el fallo centrando su inconformidad respecto al medicamento solicitado, el tratamiento y la exoneración de cualquier pago por concepto de cuotas moderadoras. Concluye que no puede el fallador de tutela, emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Es posible que de una u otra manera no sea necesario utilizar la vía judicial para el reconocimiento y entrega de medicamentos y tratamientos integrales aun cuando no se encuentran dentro del pos?

### **CONSIDERACIONES.**

Se afirma que la agencia oficiosa es utilizada cuando sea confirmado que se actúa como tal y cuando se compruebe que el representado está realmente imposibilitado para realizar la tutela en nombre propio, en el caso concreto la señora CLAUDIA JOHANA ORTIZ ROJAS, actúa como agente oficiosa del señor JOSÉ ANTONIO ROJAS, que actualmente se considera de la tercera edad y que realmente está imposibilitado para actuar personalmente dentro de la tutela.

En el caso concreto el amparo está en que se suministren el medicamento denominado HEPAMERZ SOBRES N° 30, que fue ordenado por el médico tratante y que no se encuentra dentro del pos, aduciendo además que los familiares del señor JOSÉ ANTONIO ROJAS, no cuentan con la capacidad económica suficiente para acceder a este tipo de medicamentos.

Para concluir se precisa decir que también se vinculo al FOSYGA, para disponer el recobro en lo que se encuentre en el pos, pues como es de total claridad el tratamiento integral tiene como fin amparar el curso del tratamiento.

Por consiguiente se confirma la sentencia proferida el 20 de agosto de 2008 por la juez decimo civil del circuito de Bucaramanga dentro de la acción de tutela, donde se aclara que el valor a reconocer y pagar en cumplimiento a la orden impartida en las sentencias de primera y segunda instancia serán de conformidad con la resolución 2933 de 2006 y la sentencia c-316 de 2008.

### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**RADICADO: 097-2009**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**DEMANDANTE: LUZ STELLA RINCÓN MONSALVE**

**DEMANDADO: NUEVA EPS**

**MAGISTRADO PONENTE: DRA. MERY ESMERALDA AGON**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Es procedente, en el presente caso otorga la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras en virtud de la incapacidad económica elegida por la tutelante?

## **HECHOS**

La ciudadana LUZ STELLA RINCÓN MONSALVE, en representación de su menor hija ANGIE VANESSA RUEDA RINCÓN, presento acción de tutela contra la NUEVA EPS y la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, a la que se vinculo oficiosamente el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL ( en adelante Fosyga)

Pidió la demandante la protección para los derechos fundamentales a la vida, la salud, y la seguridad social de su menor hija, los cuales considero vulnerados con ocasión de los siguientes hechos: ANGIE VANESSA RUEDA RINCÓN ha estado afiliada desde 1/02/2001 a la NUEVA EPS en calidad de beneficiaria de su padre RODRIGO RUEDA RINCÓN. Viene padeciendo de la enfermedad denominada PUBERTAD PRECOZ, razón por la cual su médico tratante le prescribió el medicamento TRIPTORELINA AMPOLLAS 11.25 Mg No.1, para ser aplicada una cada tres meses durante tres años. La NUEVA EPS negó el suministro, desde la segunda dosis, con el argumento que se encuentra excluido del POS.

Frente a los anteriores hechos, solicito que además del suministro del medicamento, le sea concedida la protección integral para atender la enfermedad padecida por la menor, incluyendo la exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras por cualquier concepto de servicios, pues señalo que su “núcleo familiar no se encuentra en las condiciones económicas necesarias para sufragar dichos gastos”

## **PRIMERA INSTANCIA**

La JUEZ 7º DE FAMILIA DE BUCARAMANGA fallo la tutela y la resolvió: (i) Tutelar los derechos fundamentales constitucionales a la salud, a la seguridad social a la vida de la menor. (ii) Ordeno a la NUEVA EPS suministrar el medicamento denominado TRIPTORELINA amp x 11.25 mg, en la cantidad y tiempo establecido por el médico tratante junto con el tratamiento integral. Y (iii) autorizo a la NUEVA EPS el recobro en un 50% al FOSYGA. Pero nada dijo sobre

la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras solicitadas en la tutela.

Expuso como argumento de su decisión que en el evento se cumplieron con los cuatro señalados por la Corte para la inaplicación de la normatividad POS: (i) Encontró que la patología de la pubertad precoz afecta la vida de la menor, pues “puede alterar definitivamente las características sexuales comprometiendo también su estatura”. (ii) El medicamento no tiene sustituto POS. (iii) Y la accionante no ha contado con los ingresos suficientes para asumir el costo del medicamento, sobre este particular resalto: “Frente a la capacidad de pago de la accionante, obra declaración rendida por la accionante, madre de la menor, donde si bien que obtienen ingresos suficientes producto del trabajo del padre de familia de hierro independiente, también es cierto que del mismo subsisten cinco personas, totalmente dependientes de esta actividad, prueba que aunada a la afirmación obrante en el escrito de tutela permiten inferir al despacho que efectivamente la familia no puede sufragar el costo del medicamento requerido”

## **LA IMPUGNACIÓN**

La accionante impugno la decisión y circunscribió el motivo de su inconformidad al hecho de que la juez de tutela se abstuvo de emitir un pronunciado frente a la petición contenida en el numeral cuarto del acápite de pretensiones, en la cual solicito la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

En consecuencia, dijo “solicito se le tramite a esta impugnación con el fin de que el Juez Constitucional de segundo grado complete el fallo de primer grado previo análisis de los argumentos que descritos, de modo tal que se incluya en la nueva providencia el debido pronunciamiento en cuanto a pagos, copagos y/o cuotas moderadoras en razón a los fundamentos expuestos”

Para esta sala, dichas sumas de dinero, a diferencia de lo alegado por la impugnante, (i) se encuentran al alcance del núcleo familiar: pues en la Audiencia Pública realizada entre ante el Juzgado Séptimo de Familia de Bucaramanga la Señora LUZ STELLA RINCÓN MONSALVE madre de la menor ANGIE VANESSA RUEDA RINCÓN, afirma que : “Preguntando: Manifiéstele al Despacho que propiedades posee, si vive en casa propia o en arrendamiento? CONTESTO: Vivimos en casa propia de mi esposo y mío, es un apartamento y es donde vivimos actualmente. Preguntado: A que actividad laboral se dedica el señor RODRIGO RUEDA LEON CONTESTO: Ahorita están pesadas las ventas, el promedio mensual es de (3) millones mensuales por que pagamos arriendo del local y servicios y costeamos los estudios de Marlon y Angie y estamos pagando la cuota de la moto”. (ii) No constituye una barrera al acceso a los servicios de salud de la usuaria. (iii) No quebranta los derechos fundamentales de los demás miembros del núcleo, pues en la realidad los valores señalados se tornan

soportables frente a los ingresos aproximados que mensualmente devenga el padre y que constituyen la fuente de financiamiento del hogar

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMA la providencia impugnada de fecha 25/04/2009, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA.

**SEGUNDO:** ADICIONAR la parte resolutive del fallo el numeral QUINTO del siguiente tenor: NEGAR a la tutela la petición de exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos

**TERCERO:** NOTIFICAR a las partes sobre la presente decisión

**CUARTO:** Enviar el expediente a la honorable Corte Constitucional para su venta revisión

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

**RADICADO: 752-2008**

**PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**DEMANDANTE: MARÍA NELLY DUARTE**

**DEMANDADO: CONFENALCO ARS, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL Y ALCALDÍA DE BUCARAMANGA**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA**

**PROBLEMA JURÍDICO:** Es procedente, en el presente caso otorga la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras en virtud de la incapacidad económica elegida por la tutelante?

## **HECHOS**

El señor DARÍO DUARTE SANTANDER de 68 de edad, se encuentra vinculado desde el veintiuno (21) de agosto de 2005 y afiliado a la ARS COMFENALCO desde el once (11) de abril de 2006

Actualmente vive en la vereda Los Magueyes- finca Los Cauchos del municipio de Bucaramanga, lo que le impide desplazarse a esta ciudad por encontrarse en condiciones de salud muy difíciles y no tener dinero para cubrir el transporte

Fue valorado por un especialista en neumología del Hospital Universitario de Santander, en reiteradas ocasiones, y el siete (7) de julio de 2008, el médico tratante adscrito al hospital le prescribió OXIGENO DOMICILIARIO 2 LITROS, por minuto por 15 horas diarias.

El catorce (14) de julio del año en curso, la secretaria de Salud Departamental de Santander expidió autorización de servicios por el oxígeno domiciliario a 2 L/M durante 30 días, basándose en el diagnóstico de EPOC severa.

El veinticuatro (24) de julio de 2008, la Dra. Olga Pinto Gómez, médica internista neumóloga, le diagnosticaron EPOC severa con antecedentes de TVP MI izquierdo, por ello prescribió como tratamiento ambulatorio; oxígeno permanente

El oxígeno domiciliario es fundamental para la salud del señor Darío Duarte Santander, pues padece de enfermedad pulmonar obstructiva crónica severa y no cuenta con los recursos necesarios para adquirir el medicamento que requiere su tratamiento, pese a esto cada mes debe cancelar veintiocho mil pesos m/cte. (\$28000), a la entidad AGA HAMESCARE

Solicita en el escrito de tutela se autorice a favor de su padre por parte de quien corresponda, la entrega inmediata del oxígeno domiciliario, en la forma y cantidad prescrita por el médico tratante, así como los demás medicamentos, exámenes, intervenciones quirúrgicas y procedimientos en general, que se requieran para atender la afección que sufre, además solicito como medida provisional, la entrega inmediata de los medicamentos prescritos

### **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

El juzgado tomo como punto de referencia para su decisión el Acuerdo 306 de 2005 emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el cual se encuentra contemplada la patología que presenta el señor Darío Duarte Santander, en el numeral 3 del Art. 2 que consagra enfermedades de alto costo como la de vasos pulmonares, toda la atención integral, ambulatoria y hospitalaria necesaria en cualquier nivel de complejidad

Según lo dispuesto en dicho Acuerdo es la ARS quien viene vulnerando el derecho fundamental a la salud en conexión con la vida del señor Darío Duarte Santander, por ende concedió la tutela contra esta entidad y desvinculo a los restantes.

### **EL RECURSO DE IMPUGNACIÓN DE COMFENALCO ARS**

Básicamente se centra en que el OXIGENO y la atención integral del señor Duarte Santander, deben ser proporcionados por la Secretaria de Salud Departamental

de Santander, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, pues suministrar una prestación de salud no incluida en POSS, afecta el equilibrio financiero del sistema y del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado

Con base en lo expuesto, expreso que el accionante tiene derecho a todas las prestaciones y servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado regido por el Acuerdo 306 de 2005, mientras que los servicios no contemplados como exámenes, por la Secretaria de Salud Departamental de Santander con cargo los recursos del subsidio a la oferta que administra

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de setiembre de 2008 por el juzgado primero de familia de Bucaramanga, en la acción de tutela promovida por la señora MARÍA NELLY DUARTE DURAN como agente oficiosa del señor DARÍO DUARTE SANTANDER contra la ARS CONFENALCO, LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL Y LA ALCALDÍA DE BUCARAMANGA.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 3, en el sentido de que la secretaria de salud departamental de Santander de no estar el suministro del oxígeno en el POSS y lo demás que disponga el médico tratante, le debe efectuar el reembolso a la ARS COMFENALCO según normativa vigente.