

REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Néstor Javier Calvo Chaves

Resumen

La acción de tutela frente al derecho a la salud es un mecanismo judicial subsidiario que tiene procedencia ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales ordinarios que contrarresten la vulneración de derechos fundamentales. A pesar del carácter prestacional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que, en ciertos casos, es viable su protección mediante la acción de tutela. Este artículo recoge parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que establece las reglas sobre aspectos procedimentales de la acción de tutela en materia de seguridad social en salud.

Palabras clave: sistema general de seguridad social en salud, derecho a la salud, acción de tutela, interpretación constitucional, derecho a la seguridad social en salud.

* Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Pereira. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Manizales. Abogado litigante. Docente Facultad de Derecho de la Universidad Libre – Seccional Pereira. Coordinador y Docente programa de pregrado en Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, Seccional Cartago. Correo electrónico: nestorjaviercalvo@yahoo.com

JURIPRUDENTIAL RULES ON PROCEDURAL (LEGAL) ASPECTS OF THE ACTION (SHARE) OF GUARDIANSHIP AS FOR SOCIAL SAFETY IN HEALTH

Abstract

The legal action known as "Tutela" when is enforced to protect the right to health, it is converted as an alternative justice mechanism which has origins in the absence or ineffectiveness of other ordinary judicial mechanisms, especially when others legal actions don't have the effectiveness to protect violations against fundamental rights. Despite the fairly assurance to health law, constitutional jurisprudence has repeatedly established that in certain cases, it is feasible that the right to health should be protected by that action called "Tutela". This article contains jurisprudence of the Constitutional Court, in which it sets the rules to execute the legal actions such as "Tutela" to enforce the protection the right to health.

Keywords: general health system service, right to health, legal action "tutela", constitutional interpretation, right to access to the health system.

Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el marco del fortalecimiento del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de derecho, amplía considerablemente el conjunto de prestaciones a cargo del Estado, particularmente en lo que tiene que ver con el Estado bienestar, encargado de ofrecer a todas las personas oportunidades mayores para que en la práctica el derecho a la igualdad sea real y efectivo. En este sentido, el capítulo II del título II de la Constitución Política consagra los llamados derechos sociales, económicos, políticos y culturales, conocidos, en gran parte, como derechos de segunda generación, que buscan la efectividad de los derechos individuales de primera generación. Entre estos derechos de segunda generación se consagra especialmente el tema de la seguridad social, como derecho social y servicio público, que abarca tres clases de contingencias a través de igual número de sistemas, relacionados respectivamente con los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales.

Esta nueva concepción de la seguridad social ha planteado multitud de conflictos surgidos en la prestación del servicio de salud a las personas, lo que ha dado lugar, en muchos casos, a pronunciamientos de la Corte Constitucional en cumplimiento de la función de revisión de fallos de tutela y la constitucionalidad de normas.

En ejercicio de la anterior atribución constitucional, han sido cientos los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del derecho de la seguridad social en salud como derecho y servicio público, en algunos casos, mediante sentencias de constitucionalidad,

de revisión de tutelas o de unificación de la jurisprudencia constitucional.

En este orden de ideas, este trabajo tiene por objetivo general establecer la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional acerca de aspectos procedimentales relacionados con el trámite de la acción de tutela en materia de seguridad social en salud, a partir de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, en cuanto a las pretensiones de este estudio en el avance del campo respectivo y su aplicación en el área investigada, los resultados de la investigación son conducentes a la generación de conocimiento, puesto que es claro que no se tiene una sistematización de la hermenéutica constitucional del derecho a la seguridad social en salud en Colombia, en lo referente a la identificación de las reglas, principios y argumentos que ha utilizado la Corte Constitucional, en las decisiones sobre la materia, que sirva de instrumento académico y de consulta para las entidades públicas y privadas y usuarios del servicio público de salud en Colombia.

Metodología

La investigación que se desarrolló fue de tipo cualitativo, ya que con ella se buscó comprender y describir la interpretación constitucional sobre aspectos procedimentales sobre la acción de tutela en materia de seguridad social en salud en Colombia, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para el desarrollo del presente artículo se acudió a un enfoque histórico-hermenéutico, a través del cual se interpretó, como unidad de análisis, la labor hermenéutica realizada por la

Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad y revisión de tutelas, donde se han decidido casos sobre el derecho a la seguridad social en salud en Colombia, desde 1991.

Resultados

Reglas jurisprudenciales sobre aspectos procedimentales de la acción de tutela en materia de seguridad social en salud

En lo que tiene que ver con la protección del derecho a la salud por vía de la acción de tutela, es necesario primero advertir que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela frente al derecho a la salud es un mecanismo judicial subsidiario que tiene procedencia ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales ordinarios que contrarresten la vulneración de derechos fundamentales¹.

Adicional a lo anterior, el artículo 49 de la Constitución Política consagra que la salud tiene un doble significado, por una parte es un derecho y por otro lado, es un servicio público² al que tienen acceso todas las personas, correspondiéndole al Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³.

Inicialmente se ha señalado que el derecho a la salud, por regla general, no es un derecho fundamental por sí mismo, ya que es un derecho de carácter económico, social y cultural, es decir, de naturaleza asistencial o prestacional, y que en palabras de la Corte Constitucional⁴ presenta:

Como característica general la de ser un derecho programático y de desarrollo progresivo que le corresponde regular e implementar al legislador, y que, como tal, se traduce en programas de acción estatal que a su vez se materializan en el reconocimiento de prerrogativas de orden económico y social que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del Estado y exigibles desde su perspectiva estrictamente subjetiva (C.P. arts. 48 y 49).

Apesar de la calificación de dicho carácter prestacional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional expresó de manera reiterada que era viable su protección mediante la acción de tutela en los siguientes casos: En primer lugar, cuando adquiriría el carácter de derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales; en segundo lugar, cuando adquiriría el carácter de derecho fundamental por la calidad especial del titular del derecho y, en tercer lugar, cuando adquiriría el carácter de derecho fundamental autónomo en cuanto a su contenido esencial.

Pero en reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional en sentencia T 016 de 2007, magistrado ponente: Humberto Sierra Porto, estableció la fundamentalidad de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, y que dicho carácter de derecho fundamental no se deriva de la forma como se hagan efectivos en la práctica. Con base en esta jurisprudencia el derecho a la salud se considera por sí solo un derecho fundamental, por cuanto permite las condiciones necesarias para llevar y

disfrutar plenamente de una vida digna, íntegra y armónica, y al ser su contenido de carácter prestacional, cuando exista renuencia de las autoridades competentes para realizar dicho derecho en la práctica, el juez de tutela está facultado para hacerlo efectivo cuando se encuentre amenazado o vulnerado. En consecuencia, la Corte Constitucional⁵ ha sostenido que

todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 30 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1587320), magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, ha sostenido que la protección constitucional del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela procede por:

(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas.

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela en materia de seguridad social en salud, se procederá a continuación a relacionar algunas reglas jurisprudenciales definidas por la Corte Constitucional sobre aspectos

procedimentales cuando se haga uso de dicho mecanismo de protección constitucional.

1. Legitimación por activa de la acción de tutela en materia de seguridad social en salud. La Corte Constitucional en sentencia T-301 del 27 de abril de 2007 (referencia: expediente T-1508193), se pronunció sobre la legitimación para presentar la acción de tutela y actuar dentro del proceso, regla que se hace aplicable a las acciones de tutela que se presenten en busca de la protección del derecho a la seguridad social en salud. Dicha legitimación por activa se encuentra en primer lugar en cabeza del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, pero también la acción de tutela puede ser interpuesta:

(i) a través del representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); (ii) por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso); y, (iii) por medio de agente oficioso.

2. La agencia oficiosa en materia de acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política consagra que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 señala que “también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional los elementos de

la agencia oficiosa en materia de tutela⁶ y cuando se trata del derecho a la seguridad social en salud son dos, en primer lugar, la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, o que claramente se desprenda de los hechos relatados⁷, y en segundo lugar, que el titular del derecho no se encuentre en condiciones para instaurar la tutela a nombre propio, es decir, cuando se acredita la imposibilidad directa y personal de acudir en busca de la protección de los derechos fundamentales.⁸ De esta manera, no proceden las acciones de tutela interpuestas a nombre de terceros, cuando no se prueba la imposibilidad del titular del derecho a la seguridad social en salud, para promover su propia defensa⁹.

De la anterior regla general establecida por la Corte Constitucional en materia de agencia oficiosa en acciones de tutela, se han desprendido varias subreglas como las siguientes:

En primer lugar, cuando el accionante no indica explícitamente por qué debe él representar los derechos de un menor por quien interpone la acción, para habilitar el agenciamiento de los derechos, basta la mención en el escrito de tutela de la condición de desprotección del menor y el alto grado en que sus derechos están comprometidos para cumplir dicho requisito.¹⁰

En desarrollo de esta subregla jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia T-225 del 26 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1469733), expresó que cuando se trata de la agencia de derechos de menores de edad no se requiere el rigorismo procesal de manifestar en el escrito de tutela que el afectado en el derecho fundamental no

puede adelantar su defensa, por cuanto al tratarse de niños dicha condición se presume y no interesa la condición en que actúa el que promueve la acción, ya que prima la defensa de los derechos fundamentales de los niños. En el mismo sentido, en la sentencia T-964 del 15 de noviembre de 2007 (referencia: expediente T-1655), se precisa que, en virtud del último inciso del artículo 44 de la Constitución Política, cualquier persona puede interponer la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales del niño.

En segundo lugar, cuando en el expediente se constata la imposibilidad de una persona para defenderse por sí misma, la situación debe ser aceptada por el juez, incluso si no se había alegado explícitamente o de forma categórica.¹¹

Sobre este particular, se ha presumido la incapacidad para presentar directamente una acción de tutela cuando el afectado padece de una enfermedad ruinosa o catastrófica, como lo es el cáncer, en virtud al alto impacto que tienen los tratamientos en la integridad física y psicológica de la persona enferma.¹²

Y en tercer lugar, se acepta la representación legítima de los intereses de otra persona, cuando el representado, *a posteriori*, ratifica las actuaciones iniciales del agente oficioso.¹³

La Corte Constitucional ha concluido que para poder agenciar oficiosamente derechos constitucionales mediante la acción de tutela, se debe demostrar la imposibilidad del titular de éstos de ejercer su propia defensa, bajo el entendido que sólo éste puede disponer de sus derechos y propender a su protección, requisito que busca garantizar que coincidan las volun-

tades de quien solicita la acción de tutela y de la presunta víctima y que

se verifica (i) cuando explícitamente se manifiesta así y se prueba, pero también (ii) cuando tal situación de imposibilidad de defensa se deduce o está implícitamente señalada en el escrito de tutela y probada en el expediente, o (iii) cuando la persona cuyos derechos son agenciados ratifica la actuación del accionante¹⁴.

En lo que tiene que ver particularmente con el derecho a la seguridad social en salud, se ha reconocido la posibilidad de agenciar oficiosamente el derecho de una persona para garantizar su vida o su integridad personal. En este sentido la Corte Constitucional ha legitimado la actuación como agentes oficiosos a los abuelos¹⁵, los padres¹⁶, los hijos¹⁷, los hermanos¹⁸, los cónyuges¹⁹, los compañeros²⁰, los tíos²¹ o los cuñados²², aunque el mismo tribunal en sentencia T-301 del 27 de abril de 2007 (referencia: expediente T-1508193), expresa que no existe una disposición constitucional o legal o una regla jurisprudencial que establezca la obligación de la existencia de un vínculo formal, contractual o de parentesco entre el agente oficioso y su agenciado.

Con fundamento en la última jurisprudencia, advirtió también el alto tribunal que “no existe una disposición constitucional o legal que exija el pago de una caución judicial para el ejercicio de la agencia oficiosa en la acción de tutela”.

3. Requisito de procedibilidad de la acción de tutela cuando existe una negativa u omisión por parte de una entidad prestadora de los servicios de

salud en suministrar un tratamiento²³.

Para que mediante la acción de tutela el juez ordene a una entidad promotora de salud (EPS) la práctica de un tratamiento, es necesario que se haya requerido previamente dicho tratamiento a la entidad de salud respectiva y ésta lo haya negado o exista una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el plan obligatorio de salud (POS).²⁴

Este requisito de procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud ha sido establecido por la Corte Constitucional, que en sentencia T-900 de 2002, consideró que:

Sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

Por otra parte, en sentencia T- 240 de 2003, la Corte Constitucional manifestó que:

Conceder la tutela sin que medie una negativa por parte de la entidad accionada, de la cual se pueda predicar una vulneración de los derechos fundamentales

reclamados, sería desconocer el derecho al debido proceso de dicha entidad, tan caro al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la acción de tutela procede siempre y cuando se demuestre que existió la negativa de una EPS en suministrar lo pretendido o existe una omisión de dar aplicación a las normas contenidas en el POS, para así poder alegar la vulneración de un derecho fundamental.

Es también de advertir que el anterior requisito no debe confundirse con el trámite que se surte ante los comités técnico-científicos (CTC), por cuanto la Corte Constitucional en sentencia T-523 del 12 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1570296), precisó que no constituye requisito de procedencia de la acción de tutela ni de amparo de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados acudir previamente al CTC solicitando un medicamento excluido del POS, ya que dicho procedimiento es competencia del médico tratante y no le corresponde adelantarlo al accionante.

4. Trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud como requisito de procedibilidad de la acción de tutela.

Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el artículo 41 de la ley 1122 de 2007, consagró que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del

plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

Con fundamento en lo establecido en la norma anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 30 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1587320), ha sostenido que dicho trámite debe agotarse previamente en relación con la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, en los cuatro eventos contemplados en el artículo 41 de la ley 1122 de 2007. Advierte el alto tribunal que en cada caso concreto debe examinarse la eficacia e idoneidad de dicho procedimiento, por cuanto si se trata de evitar un perjuicio irremediable se puede ejercer de manera directa la acción de tutela.

5. Procedencia de la acción de tutela contra particular. De conformidad con el artículo 42 del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente contra particulares, cuando estos están encargados de la prestación de un servicio público, razón por la cual cuando se trata de la seguridad social en salud la acción de tutela de tutela procede contra entidades privadas que estén encargadas de la prestación del servicio de salud.

6. La acción de tutela como requisito indebido exigido por las entidades de salud para autorizar procedimientos médicos. La Corte Constitucional en sentencia T-991 del 21 de noviembre de 2007 (referencia: expediente T-1683045), ha precisado que la exigencia que realizan las EPS a los usuarios de presentar una acción de tutela para autorizar los procedimientos requeridos y ordenados por el médico tratante, es contraria “a los deberes legales que tienen estas entidades, ya que no pueden crear requisitos adicionales para prestar sus servicios, ni exigir trámites que obstaculicen el goce de los derechos fundamentales de los usuarios.”

7. Procedencia de la acción de tutela, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y el perjuicio irremediable²⁵. De conformidad con lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridades públicas o particulares.

En principio, la Corte Constitucional²⁶ establece que la acción de tutela procede cuando se verifican las dos siguientes circunstancias particulares:

- (i) que exista certeza respecto del carácter fundamental del derecho involucrado y que sea posible establecer que éste ha sido vulnerado o amenazado por la acción u omisión de autoridades públicas o aún de particulares, y (ii) que no existan en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa judicial o que éstos no resulten eficaces para la protección inmediata del derecho involucrado.

En otras palabras, la acción de tutela tiene carácter subsidiario y residual, ya que por regla general, sólo procede cuando no exista otro medio de defensa judicial para la protección del derecho fundamental, salvo que ese otro mecanismo de protección no sea idóneo o eficaz. Pero también se hace procedente el mecanismo de protección constitucional, cuando a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial sea inminente la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, la acción de tutela es un mecanismo transitorio hasta tanto la autoridad competente decida de fondo sobre el asunto.

Para el efecto, la Corte Constitucional ha definido el perjuicio irremediable como

aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico.²⁷

Adicionalmente, para la procedencia de la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable se deben presentar los siguientes requisitos:

(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) el perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) la medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no

pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.²⁸

De igual manera, la Corte Constitucional²⁹ ha establecido que los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de los anteriores requisitos que configuran un perjuicio irremediable, para determinar la procedencia de la acción de tutela, pero que también existen situaciones en que dicho análisis se debe realizar en forma más amplia, examinada la naturaleza de los accionantes, como cuando

se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del *perjuicio irremediable* arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad³⁰.

Cuando se trata de la protección del derecho a la seguridad social en salud, la inminencia del perjuicio irremediable justifica el desplazamiento de los medios ordinarios y la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección, como por ejemplo, lo sería el caso de personas de la tercera edad que no perciben pensión, carentes de recursos, que dependen económicamente de sus hijos, que no se encuentran afiliados a

ningún régimen del Sistema de Seguridad Social y además sufren de varias enfermedades que requieren tratamiento médico permanente, donde las especiales condiciones en las que se encuentran frente al SGSSS configuran la posible ocurrencia del perjuicio irremediable³¹.

En cuanto a los efectos de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la regla general es que, dado su carácter subsidiario, la acción de tutela se constituye en un mecanismo transitorio mientras la autoridad competente decide de fondo sobre el asunto y, excepcionalmente, es un mecanismo definitivo cuando la conducta u omisión del accionado que configura el litigio que debe ser resuelto por el otro medio de defensa judicial es violatoria a su vez de derechos fundamentales del accionante³².

8. Procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir controversias que se susciten cuando se trata de contratos de medicina prepagada.

El artículo 169 de la ley 100 de 1993 establece que las EPS pueden ofrecer planes complementarios al POS del régimen contributivo, los que deben ser financiados por el afiliado con recursos diferentes a las cotizaciones obligatorias. En desarrollo de lo anterior, los artículos 18 y 19 del decreto 806 de 1998 (Arts. 18 y 19), define los planes de atención adicional en salud (PAS), como “aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria”, estableciendo como modalidad de PAS la medicina prepagada, que es definida por el artículo 1º. del decreto 1486 de 1994 como

[e]l sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme

al presente decreto, para la gestión de la atención y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.

Ahora bien, la Corte Constitucional³³ ha admitido la procedencia de la acción de tutela con efectos temporales y aún definitivos en aquellos casos donde se alegue una preexistencia dentro de un plan de medicina prepagada, cuando las circunstancias del accionante lo ameriten para proteger la salud en conexidad con la vida, por cuanto sino existe amenaza o vulneración de derechos fundamentales la controversia debe ser resuelta por la justicia ordinaria, al tratarse de un conflicto meramente contractual donde no procedería la acción de tutela. En complemento de lo anterior, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-991 del 21 de noviembre de 2007 (referencia: expediente T-1683045), magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, ha sostenido que por regla general los contratos de medicina prepagada se rigen por el derecho privado, pero excepcionalmente procede la acción de tutela cuando en el desarrollo de dichos contratos, surgen controversias que afectan derechos fundamentales.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia T-867 del 18 de octubre de 2007 (referencia: expediente T-1659356), magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, ha reiterado que únicamente se entienden excluidos del contrato de medicina prepagada “los padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado en las cláusulas del mismo,³⁴ sin que sea

válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones.³⁵ En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para dirimir controversias sobre contratos de medicina prepagada, el alto tribunal señala que procede de manera excepcional para la protección de derechos constitucionales fundamentales, ya que las entidades accionadas a pesar de ser privadas están prestando el servicio público de salud; los particulares que contratan con las empresas de medicina prepagada se encuentran en estado de indefensión frente a éstas y las acciones ordinarias no son eficaces para la protección de derechos fundamentales. En el caso objeto de decisión judicial, se ordenó a una entidad de medicina prepagada, autorizar la realización del procedimiento quirúrgico denominado bypass gástrico por laparoscopia, por encontrarse en riesgo la vida de la usuaria que no contaba con los recursos económicos para pagar dicho procedimiento. Finalmente, se consideró que por tratarse de un contrato que se regía por normas del derecho privado, no era posible ordenar el recobro de los costos al FOSYGA, pues se trataba de un asunto que debía ser resuelto por el juez ordinario.

También ha concluido la Corte Constitucional³⁶ que durante la ejecución de un contrato de medicina prepagada, no le es permitido a las compañías contratantes modificar los términos de los contratos de manera unilateral, a través de dictámenes médicos posteriores que establezcan la presencia de una preexistencia, salvo que el usuario haya actuado de mala fe.

Y finalmente, la Corte Constitucional en sentencia T-991 del 21 de noviembre de 2007 (referencia: expediente T-1683045),

magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, ha establecido por un lado, que es inadmisibile que las entidades que prestan contratos de medicina prepagada trasladen sus responsabilidades a las EPS, ya que cada entidad tiene competencias claramente definidas y, por otro lado que, los usuarios tienen la libertad de escoger voluntariamente si utilizan los servicios del POS ofrecidos por las EPS o el PAS ofrecido por la empresa de medicina prepagada.

9. Temeridad en la acción de tutela.

El artículo 38 del decreto 2591 de 1991 establece que existe acción temeraria cuando sin motivo expresamente justificado se presenta la misma acción de tutela por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, trayendo como consecuencia el rechazo o decisión desfavorable de todas las solicitudes.

Para la existencia de la acción temeraria, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-362 del 10 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1545494), ha exigido la presencia de los siguientes requisitos:

- (i) que las acciones de tutela hayan sido presentadas por el mismo accionante, su representante legal o su agente oficioso contra el mismo accionado;
- (ii) que las solicitudes de amparo se fundamenten en los mismos hechos o en la misma causa;
- (iii) que el accionante busque a través de las acciones de tutela interpuestas, la protección de las mismas pretensiones y derechos fundamentales; y
- (iv) que la presentación de la nueva acción de tutela carezca de justificación suficiente, en violación directa

del principio de la buena fe y del adecuado ejercicio del derecho a la administración de justicia.³⁷

A pesar del cumplimiento de los anteriores elementos, el juez de tutela sólo puede declarar la improcedencia de la acción e imponer las sanciones correspondientes, cuando verifique la actuación dolosa o amañada del actor³⁸, lo que se logra examinando cuidadosamente las circunstancias especiales del caso y el accionante, como las referidas en la sentencia T-433 de 2006, donde no se configura actuación temeraria:

(i) la condición del actor que lo coloca en estado ignorancia³⁹ o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe⁴⁰, (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho⁴¹, (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante⁴², y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por

los mismos hechos y con la misma pretensión⁴³.

En aplicación de las anteriores reglas jurisprudenciales, en sentencia T-362 del 10 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1545494), la Corte Constitucional declaró la inexistencia de actuación temeraria en un caso donde ordenó en un segundo proceso de tutela la exoneración de un pago compartido que le exigía la EPS a la accionante, cuando en la decisión de la primera acción de tutela ya se había negado tal pretensión. La nueva decisión se fundamentó en la existencia de un hecho nuevo consistente en que con posterioridad a la primera decisión, el médico tratante le comunicó a la accionante que el medicamento sobre el cual debía hacer el pago compartido debía ser recibido por la accionante cada tres meses y por un término indefinido, prescripción que no se había informado en el primer trámite de tutela.

Finalmente, en otra decisión la Corte Constitucional en sentencia T-768 del 25 de septiembre de 2007 (referencia: expediente T-1636256), no calificó la existencia de acción temeraria en un asunto donde la pluralidad de acciones promovidas, se justificaba en la premura del accionante en la adecuada atención en salud que requería, dada la gravedad de la enfermedad que lo aquejaba.

10. La carencia actual de objeto y el hecho superado en la acción de tutela.

La Corte Constitucional en sentencia T-060 del 1º de febrero de 2007 (referencia: expediente T-1422889), se ha referido al fenómeno de la carencia actual de objeto en la acción de tutela, cuando la finalidad de dicho mecanismo constitucional de garantizar la protección del derecho fundamental del accionante

se extingue, porque la vulneración o amenaza cesa, desaparece o se supera por cualquier causa, caso en el cual sobra la orden del juez de tutela por ser inocua, por desaparecer el objeto jurídico sobre el cual proveer y al existir sustracción de materia por la desaparición de la situación de hecho que originó la presunta amenaza o vulneración. Por ejemplo, en dicha providencia hubo lugar a declarar la carencia actual de objeto de la acción de tutela, por presentarse un daño consumado, ya que se trataba del caso de una persona que solicitaba a través de la acción de tutela la realización de un procedimiento médico para evitar la amputación de las piernas, pero al momento de tramitarse la tutela la EPS informó que se había realizado la mencionada amputación. Otros ejemplos de esta figura se reflejan cuando fallece el actor (sentencias T-027 de 1999 y T-551 del 19 de julio de 2007, referencia: expediente: T-1616140,) o cuando el accionante solicita atención médica y en el trámite de la acción de tutela la atención es restablecida (sentencia T-137 de 2005).

También la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la figura del hecho superado que conlleva a la carencia actual de objeto en la acción de tutela, la que consiste en el cese de los motivos que dan origen a la acción de tutela, cuando al momento de tomar la decisión judicial ha desaparecido la vulneración o amenaza del derecho fundamental⁴⁴, caso en el cual se hace improcedente la acción de tutela y en consecuencia el juez no puede impartir ninguna orden en virtud de la superación de la situación de hecho que vulneraba o amenazaba el derecho alegado por el accionante, como cuando el accionado realiza la acción solicitada en la tutela, razón por la cual resulta

improcedente que el juez de tutela en el fallo emita una orden.

Conclusiones

Del análisis realizado, a título de conclusiones, se pueden enumerar las siguientes reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional sobre aspectos procedimentales de la acción de tutela en materia de derecho a la seguridad social en salud:

1. La acción de tutela puede ser interpuesta por el titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, a través del representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados (menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas), por intermedio de apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso) o por medio de agente oficioso.
2. Para la procedencia de la agencia oficiosa se requiere de la necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal, o que claramente se desprenda de los hechos relatados, y que el titular del derecho no se encuentre en condiciones para instaurar la tutela a nombre propio.
3. Para que juez de tutela ordene a una EPS la práctica de un tratamiento, es necesario que se haya requerido previamente dicho tratamiento a la entidad de salud respectiva y ésta lo haya negado.
4. El trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud establecido por la ley 1122 de 2007 es requisito de procedibilidad de la acción de tutela, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se puede

- ejercer de manera directa la acción de tutela.
5. La acción de tutela procede contra entidades privadas que estén encargadas de la prestación del servicio de salud.
 6. La exigencia que realizan las EPS a los usuarios de presentar una acción de tutela para autorizar los procedimientos requeridos y ordenados por el médico tratante, es contraria a los deberes legales que tienen estas entidades.
 7. La acción de tutela sólo procede cuando no exista otro medio de defensa judicial para la protección del derecho fundamental, salvo que ese otro mecanismo de protección no sea idóneo o eficaz, o cuando a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial sea inminente la ocurrencia de un perjuicio irremediable.
 8. Los contratos de medicina prepagada se rigen por el derecho privado, pero excepcionalmente procede la acción de tutela cuando surgen controversias que afectan derechos fundamentales.
 9. Para la existencia de temeridad en una acción de tutela, se deben presentar los siguientes requisitos: (i) que varias acciones de tutela hayan sido presentadas por el mismo accionante,

su representante legal o su agente oficioso contra el mismo accionado; (ii) que las solicitudes de amparo se fundamenten en los mismos hechos o en la misma causa; (iii) que el accionante busque a través de las acciones de tutela interpuestas, la protección de las mismas pretensiones y derechos fundamentales; y (iv) que la presentación de la nueva acción de tutela carezca de justificación suficiente, en violación directa del principio de la buena fe y del adecuado ejercicio del derecho a la administración de justicia.

Se presenta carencia actual de objeto en la acción de tutela, cuando la finalidad de dicho mecanismo constitucional de garantizar la protección del derecho fundamental del accionante se extingue, porque la vulneración o amenaza cesa, desaparece o se supera por cualquier causa, caso en el cual sobra la orden del juez de tutela por ser inocua, por desaparecer el objeto jurídico sobre el cual proveer y al existir sustracción de materia por la desaparición de la situación de hecho que originó la presunta amenaza o vulneración.

REFERENCIAS

- 1 Sentencia T-101 del 16 de febrero de 2006 (referencia: expediente T-1208306).
- 2 En relación con el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.
- 3 Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.
- 4 Sentencia T-420 del 24 de mayo de 2007, (referencia: expediente T-1534507).
- 5 Sentencia T-524 del 12 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1572378).
- 6 Sentencia T-348 de 2006.
- 7 En la sentencia T-452 de 2001, la Corte sostuvo que “el juez de tutela, en ejercicio de sus funciones como garante y guardián de los derechos fundamentales y la Constitución, puede declarar procedente la agencia oficiosa en aquellos eventos en los que partiendo de los hechos y circunstancias que definen cada caso, constata que (1.) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2.) de la exposición de los hechos resulta evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta.” En el mismo sentido ver la sentencia T-078 de 2004.
- 8 Ídem.
- 9 Sentencia T-471 de 2005.
- 10 En la sentencia T-498 de 1994 la Corte estudió una acción de tutela interpuesta por un adulto, en nombre de un menor de 17 años que vivía sin sus padres, en contra del Club Deportivo Armero, por considerar que desconocía sus derechos laborales. La Corte indicó al respecto “La ausencia de los representantes legales del menor, o la inminencia del daño a sus derechos fundamentales, son circunstancias, entre otras, cuya mención en el escrito de tutela bastaría para habilitar el agenciamiento de sus derechos.” La Corte finalmente confirmó la decisión de negar la tutela solicitada, pero no por falta de legitimidad del accionante, como lo hizo el juez de instancia, sino porque la entidad accionada había cesado el comportamiento que dio lugar al reclamo de tutela.
- 11 En la sentencia T-471 de 2005 la Corte consideró que en “(...) el caso objeto de revisión cabe señalar que, si bien el señor John Jairo Vásquez Cardona no manifestó categóricamente en el escrito de demanda que el afectado estaba imposibilitado para promover su propia defensa, para la Sala es claro que de conformidad con lo señalado en la diligencia de ampliación de tutela (Fl.28) y en la declaración de su esposa (F.29) ante el Juzgado de primera instancia, así como lo consignado en las ordenes del médico, Formatos de Evolución de la Clínica CES, y en los Formatos de Descripción Operatoria, en las que consta que el paciente fue sometido a 4 intervenciones quirúrgicas en menos de un mes, y por tal causa al momento de la presentación de la acción de tutela – 6 de febrero de 2005 – se encontraba hospitalizado, son razones suficientes para acreditar el grave estado de salud en que se encontraba y la imposibilidad del afectado para acudir personalmente a la justicia y ejercer su propia defensa, motivo por el cual, la agencia oficiosa resulta procedente.” En este caso la Corte estudió, entre otras cuestiones, si el accionante podía agenciar los derechos de su cuñado. Reiterando esta decisión en un caso similar, la sentencia T-514 de 2006 consideró que si bien el accionante “(...) no manifestó en forma expresa en el escrito de la demanda que su esposa se encontraba imposibilitada para promover su propia defensa (...)”, esta situación se probaba en el expediente. Se entendió pues cumplido el requisito porque “(...) de acuerdo con lo señalado en la diligencia de declaración juramentada rendida por el señor Quintero ante el Juzgado de primera instancia, así como lo consignado en la historia clínica de la paciente remitida al Despacho judicial referido, en la que consta que ésta ha sido sometida a intensas y continuas sesiones de quimioterapias y radioterapias

- que la desgastan físicamente, y que además estuvo hospitalizada un tiempo y actualmente se encuentra internada en su propia casa (...)" . En este mismo sentido, ver la sentencia T-348 de 2006.
- 12 Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2006.
 - 13 Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2005, en este caso, a pesar de no haber alegado el accionante la incapacidad de la persona que estaba representando, ésta ratificó posteriormente ante el despacho judicial las actuaciones llevadas a cabo por el accionante (su cónyuge), razón por la cual la Corte concluyó que en el proceso "(...) está claramente establecido que el deseo de quien instauró la acción de tutela, coincide con la voluntad de quien se vería directamente afectado con la decisión que se tome en este asunto, y por ello, se concluye que el actor está legitimado para reclamar por este medio el traslado de su esposa.
 - 14 Sentencia T-913 del 3 de noviembre de 2006 (referencia: expediente T-1421071).
 - 15 Sentencias T-1035 del 5 de diciembre de 2006 (referencia: Expediente T-1315681), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, y T-613 del 13 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1600327).
 - 16 En la sentencia T-924 de 2004 la Corte tuteló el derecho de una mujer de 19 años a recibir los medicamentos necesarios para atender el cáncer que padecía, los cuales habían sido defendidos por su señora madre, en calidad de agente oficioso.
 - 17 En la sentencia T-750 de 2005 la Corte consideró que una hija podía agenciar legítimamente los derechos de su madre enferma de cáncer; a su juicio, la incapacidad de defenderse por sí misma se presumía de su propio estado de salud (padecer una enfermedad catastrófica). En la sentencia T-594 del 27 de julio de 2006 (referencia: expedientes acumulados T-1322556, T-1324968, T-1324978, T-1324979, T-1324996), quienes instauran las acciones de tutela son los hijos de personas de 71, 79, 93 y 76 años respectivamente, que se encontraban gravemente enfermas y en imposibilidad de ejercer su propia defensa.
 - 18 En la sentencia T-754 de 2005 se tutelaron los derechos de un menor de 14 años que padecía hemofilia severa, tipo A, los cuales habían sido agenciados por su hermana.
 - 19 En la sentencia T-246 de 2005 la Corte consideró que el cónyuge puede representar legítimamente los derechos de su pareja cuando padece cáncer, imposibilitada para ejercer su propia defensa. En el mismo sentido, se pronunció en las sentencias T-348 de 2006 y T-514 de 2006.
 - 20 En la sentencia T-575 de 2005 se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio de salud (recibir un complemento alimenticio), el cual había sido alegado y defendido por su compañera permanente, en calidad de agente oficioso.
 - 21 En la sentencia T-548 del 19 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1502859), se analiza el caso de una persona que interpone una acción de tutela actuando como agente oficioso de su sobrino, al considerar que la entidad demandada no le había prestado los servicios de salud que el menor requería.
 - 22 Corte Constitucional, sentencia T-471 de 2005, en este caso se resolvió tutelar los derechos a la vida y la salud de una persona, los cuales habían sido defendidos por su cuñado en calidad de agente oficioso.
 - 23 Sentencia T-526 del 11 de julio de 2006 (referencia: expediente T-1314731).
 - 24 Sentencia T-912 de 2005.
 - 25 Sentencia T-153 del 2 de febrero de 2006 (referencia: expedientes acumulados T-1212923 y T-1215060).
 - 26 Sentencia T-594 del 2 de agosto de 2007, (referencia: expediente T-1585671).
 - 27 SC-531/93.
 - 28 Sentencia T-1003 de 2003.
 - 29 Sentencia T-594 del 27 de julio de 2006 (referencia: expedientes acumulados T-1322556, T-1324968, T-1324978, T-1324979, T-1324996).

- 30 Sentencia T-789 de 2003.
- 31 Regla reiterada por la Corte Constitucional en las sentencias T-015 de 2006, T-153 de 2006, T-442 de 2006, T-515A de 2006, T-602 de 2006 y sentencia T-1028 del 4 de diciembre de 2006 (referencia: expediente T 1428592).
- 32 Sentencia T-594 del 2 de agosto de 2007, (referencia: expediente T-1585671).
- 33 Sentencia SU-039 del 19 de febrero de 1998 (referencia: Expediente T-140.006).
- 34 Corte Constitucional, Sentencias T-699 de 2004 y T-822 de 1999.
- 35 T-662 de 2006.
- 36 Sentencia SU-039 del 19 de febrero de 1998 (referencia: Expediente T-140.006).
- 37 Sentencias T-433 de 2006, T- 812 de 2005, T-707 de 2003, T-263 de 2003 T-303 de 1998.
- 38 Sentencias T-1134 de 2005, T-706 de 2006, T-502 de 2003 y T-080 de 1998.
- 39 Sentencia T-184 de 2005.
- 40 Sentencias T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-184 de 2005. Igualmente las sentencias T-308 de 1995, T-145 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997.
- 41 Sentencia T-721 de 2003.
- 42 Sentencias T-149 de 2005, T-566de 2001, T-458 de 2003, T-919 de 2003, T-707 de 2003.
- 43 Sentencia SU-388 de 2005.
- 44 Sobre el tema del hecho superado pueden consultarse las sentencias T-675 y T-677 de 1996, T-041 de 1997, T-085 de 1997, T-225, T-264, T-321, T-522 de 1997 y T-012, T- 272, T-522 y T-795 de 2006, entre otras.