

# Análisis jurídico frente a la garantía constitucional del derecho a la salud en Barranquilla (Colombia)<sup>1</sup>

## Legal analysis of the constitutional guarantee of the right to health in Barranquilla (Colombia)

Autor:

Juan Camilo Carrillo Berdejo <sup>2</sup>

### RESUMEN

La acción de tutela como acción constitucional para la garantía de derechos humanos, constituye en la actualidad uno de los avances más significativos de la Constitución Colombiana de 1991. Sin embargo, dada la naturaleza de su aplicabilidad y la búsqueda de la justicia integral, la demora en los procesos de resolución en materia de salud puede a su vez generar afectaciones a derechos fundamentales, así como la garantía de los mismos. Lo anterior es fundamento de esta investigación, la cual analiza la garantía constitucional del derecho a la salud en la ciudad de Barranquilla (Colombia). Metodológicamente, la investigación analizó fuentes primarias y secundarias, y dentro de las conclusiones se destaca la apropiación del concepto de salud en el marco jurídico colombiano: un derecho que necesita avanzar, una noesis apenas concebida.

**Palabras claves:** Derecho fundamental a la salud, sistema de salud, acción de tutela, sistema de seguridad social en salud.

### ABSTRACT

The tutela action as a constitutional action for the guarantee of human rights, currently constitutes one of the most significant advances of the Colombian Constitution of 1991. However, given the nature of its applicability and the search for comprehensive justice, the delay in resolution processes in health matters can in turn affect fundamental rights, as well as their guarantee. The foregoing is the basis of this research, which analyzes the constitutional guarantee of the right to health in Barranquilla (Colombia). Methodologically, the research analyzed primary and secondary sources, and within the conclusions the appropriation of the concept of health in the Colombian legal framework stands out: a right that needs to advance, a barely conceived noesis.

**Key words:** fundamental right to health, health system, guardianship action, social security system in health.

<sup>1</sup> Este artículo es resultado de las labores de investigación dentro de la Maestría en Derecho de la Universidad del Norte.

<sup>2</sup> Magister en derecho de la Universidad del Norte (Barranquilla, Atlántico, Colombia) Abogado litigante Sabanagrande – Atlantito. Correo electrónico: juancarrilloberdejo@hotmail.com.

## Introducción

El presente escrito abordará el análisis jurídico de la acción constitucional de tutela en la ciudad de Barranquilla capital del Departamento del Atlántico. Ciudad que, según el censo del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) (2020), cuenta con una población 1.27.250 habitantes y su área metropolitana cuenta con 1.199.507 habitantes, lo que la convierte en la ciudad más poblada de la costa caribe colombiana.

Ahora bien, por su crecimiento poblacional es importante su estudio toda vez que, la prestación de servicio como el de la salud debe ser garantizado de manera estratégica a través de las distintas instituciones y redes, las cuales deben establecer de manera equitativa su acceso.

Esta acción tiene su sustento en normas de origen nacional como internacional en razón a que Colombia hace parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 25. (Corporación Esenarios. ORG, 2003)

Así las cosas, el primer párrafo del artículo 86 de la Constitución de 1991 de Colombia reconoce el derecho a la acción de tutela así: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario<sup>3</sup>, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, como quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

De igual forma, la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La Corte Constitucional en la Sentencia T-471 de 2017,

---

<sup>3</sup> El término constitucional, la preferencia y sumariedad que dispuso el Constituyente en materia de acción de tutela, tiene razón de ser, no sólo, en la finalidad de esta garantía sino en la naturaleza de los derechos afectados, esto es, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Solo de esta manera el Estado colombiano cumple con los compromisos internacionales de protección y garantía de los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra el que tiene toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (Corte Constitucional, conflicto de competencia aparente entre juzgado promiscuo municipal y juzgado administrativo del circuito, 2008)

conceptualiza la procedencia del mecanismo transitorio o del mecanismo definitivo que ostenta la acción de tutela, además de la procedencia, utilizándolo como un tercer mecanismo, el cual es indispensable cuando las personas que invocan la acción de tutela requieran de una especial protección Constitucional.

Para el mecanismo transitorio es importante aclarar que la acción de tutela necesita accionar unas medidas provisionales para evitar el perjuicio irremediable como reza en el artículo 7 del decreto 2591 de 1991.

Por su parte no podrá exceder más de (10) diez días hábiles entre la solicitud y la resolución. Adicional a ello, el decreto 2591 de 1991, reglamenta la procedibilidad de la acción de tutela y sus términos de lo cual se hablará más adelante, determinó también en su artículo 32 el trámite de la impugnación, estableciendo un plazo a su resolución no mayor a 20 días a la recepción del expediente en su segunda instancia.

La acción de tutela tiene unos principios consagrados en el artículo 3° del decreto 2591 de 1991. Quinche (2015) afirma: “principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Además, debe señalarse de modo expreso que la acción de tutela se rige también por el principio de informalidad”. (p.31)

En relación al principio de publicidad y prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental encontramos su sustento suprallegal en el artículo 228 de la Constitución Política. El principio de economía se puede entender, tanto en la economía de forma como en la economía de costos. Para la primera, la acción de tutela debe ser económica en términos de operación como consecuencia de que no cumple con las etapas procesales como, las inadmisiones, incidentes, nulidad, etc., por lo que surten las notificaciones por cualquier medio idóneo y en relación a la segunda forma de economía de costo; refiere a que es una acción rápida y económica en términos de ejecución y costos de operación por lo que no tiene gastos de operación como los procesos normales y se falla con lo que hay, (Quinche Ramirez, 2015).

## **Apartado Metodológico**

Este estudio de caso, es resultado de una investigación exploratoriodescriptiva, caracterizada por el análisis de las estadísticas proporcionada por la Corte Constitucional. De esta manera, se logró categorizar las pretensiones en las acciones de tutela radicas en Barranquilla, y a su vez establecer las diferentes variables frente a los pronunciamientos tanto en primera como segunda instancia.

Su objetivo es el análisis de los casos de acción de tutela en salud dentro de la ciudad de Barranquilla, la conceptualización del significado de acción de tutela, derecho fundamental a la Salud y la tutela judicial efectiva. De esta manera diferenciar lo que para algunos es el imperio de la ley, pero para otros tantos, es la protección de un derecho que les pertenece como seres humanos, derivado del principio de dignidad humana.

Con el fin de reevaluar la preminencia que se le ha dado al derecho a la salud, esta investigación busca como resultado los insumos suficientes para que la ciudadanía en general tenga las capacidades y posiblemente la confianza legítima para el reclamado de su derecho fundamental, de igual forma, es prudente para aquellos operadores judiciales que deseen aunar en la transcendencia de este servicio prestacional.

Mediante la observación pasiva de las estadísticas proporcionada por la Corte Constitucional, se logró categorizar las pretensiones en las acciones de tutela radicadas, y establecer cuántas de estas fueron improcedente, y adicionalmente esclarecer cuántas fueron estudiadas de fondo y concedidas.

## Desarrollo

### Precisiones conceptuales y fundamentos legales

Para la Real Academia Española, (2020) el concepto de salud se define como: “Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.

Asimismo, puede definirse el concepto de salud remontándose al latín, de donde se derivan tres nociones: *Salus*, *Sanitas* y *Salubritas*, tal como lo expresa Restrepo (2019), quien cita a Malagón (2005):

Lograr la salud que es un objetivo en sí mismo del sistema de seguridad social, de esta magnitud se hace imprescindible definir la palabra salud y señalar que en conclusión existen tres nociones que en latín correspondían a tres vocablos distintos: *salus* que se refiere al buen estado físico y moral pero también a la preservación de los bienes y derechos; *Sanitas* que significa el buen estado del cuerpo y del espíritu pero también el razonamiento justo y el buen gusto, y *salubristas* que corresponde al buen estado de salud pero incluye, además las medidas para asegurar y favorecer ese estado. (p.100)

Por su parte al hablar del derecho a la salud, este no debe de ser concebido como la protección que tiene cada uno de los individuos sino también en su aspecto colectivo como lo es la salud pública y por último, en el aspecto de los deberes y obligaciones del Estado, la primera variable nos indica la protección del cuerpo tanto en su integridad física como en la psíquica, el segundo aspecto que tiene que ver con la salud pública, su propósito es el saneamiento básico, agua potable y alcantarillado, y la tercera variable indica la responsabilidad por parte del Estado para la conservación de la salud, su comunidad profesional y el respeto a la libertad individual sobre su propio cuerpo y salud (Uprimny Yepes, 2002).

Se puede denotar una posición complementaria en donde el “derecho a la salud” no abarque una esfera compleja de significados sino en su estricta expresión, entendiendo esa

expresión como el más alto estándar en salud, la cual envuelve diversas dimensiones no agotadas por el significado literal, promoviendo tres variantes para su entendimiento: derecho a la protección de la salud, al cuidado de la salud y condiciones saludables (Figueroa, 2013).

Una vez analizado el concepto de Salud y Derecho a la Salud, es imprescindible exponer de manera precisa el fundamento legal en Colombia, describiendo en dónde se ubica la protección de este derecho fundamental en la Constitución colombiana, siendo el artículo 49<sup>4</sup> que propende por su protección.

De la misma forma encontramos el artículo 44, el cual revela el interés superior de niño prevaleciendo el derecho a la salud como un derecho fundamental, también se puede mencionar el artículo 64, que establece como un deber del estado el acceso progresivo de los servicios de salud. Ahora bien, el Estado colombiano debe considerar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso tienen prevalencia en el orden interno según el artículo 93 de la Constitución Política.

Lo anterior significa que Colombia tiene como prevalencia en su orden interno el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en consecuencia su artículo 10, en donde transcribe que: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (Organización de los Estados Americanos, 2016).

Colombia hace parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde su ratificación en 1969, y se adhirió al Protocolo antes mencionado en diciembre de 1997, ordinariamente llamado Protocolo de San Salvador, esta adhesión se hizo efectiva mediante la aprobación de la Ley 319 de 1996, siendo compatible con el espíritu de la Constitución de 1991, y como resultado declarada exequible por parte de la Corte Constitucional (Organización de los Estados Americanos, 2020).

---

<sup>4</sup> Artículo 49 CPC: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...

Como se ha mencionado en el desarrollo del presente texto, la principal iniciativa del Congreso de la República de Colombia para la protección del derecho fundamental a la salud, fue la creación de la Ley estatutaria 1751 de 2015, la cual no excede los 26 artículos, sin embargo, fue categórico en sintetizar toda la recopilación que con anticipación la Corte Constitucional ya había definido en su constante jurisprudencia, en esta recopilación se definieron, la naturaleza de este derecho, el ámbito de aplicación, las obligaciones del Estado y algunos principios que son propios del sistema de salud, entre ellos; su universalidad, prevalencia y progresividad.

Por último, y no menos importante, la Ley 2026 del 23 de julio de 2020, la cual tiene como objetivos establecer medidas que hagan efectiva la protección del derecho fundamental a la salud de los menores de 18 años con diagnóstico o presunción de cáncer, declarar su atención integral como prioritaria, garantizar el acceso efectivo a los servicios de oncopediatria y el fortalecimiento del apoyo social. Esta ley modifica la Ley 1388 de 2010, en donde encontramos también una normatividad que amplía el derecho fundamental a la salud en los menores de 18 años con la finalidad de ser su sustento y ver cómo la Ley 2026/20 es una réplica.

Fundamentos y reformas constitucionales: su impacto normativo frente al derecho a la salud en Colombia

Uno de los grandes avances del derecho, ha sido el reconocimiento histórico de los derechos humanos, no obstante, otro claro logro son los mecanismos para garantizar estos derechos, frente a los países pioneros en articular este amparo está México seguido de España, sin embargo, tal mecanismo hoy llamado acción de tutela, también tiene vestigios en Alemania como se indicará más adelante.

Padrón, (1990) citado por S. Monero y J. Espinosa, (2017) menciona que:

A pesar de las reformas que ha sufrido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, Martha Chávez Padrón asegura que “Algunos autores ubican los antecedentes del Amparo en la época primitiva, Egipto, Babilonia y las primeras culturas, que aparecieron basadas en un sistema de jerarquías, mientras que el extremo opuesto sostiene que el recurso de amparo proviene de la constitución vigente de 1917”. (p.22)

Para el año 1949 la ley fundamental para la República Federal de Alemania implementó la preferencia y la sumariada de los derechos fundamentales. Pérez y Revenga (2005) afirman:

La República Federal de Alemania, optaron por depositar en el juez la responsabilidad primera de la defensa de los derechos, pero aludiendo, al mismo tiempo, a un recurso de amparo anclado en el sistema de protección mediante un enigmático <<en su caso>>, que es la expresión que utiliza el artículo 53.2 CE<sup>5</sup> (<<Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos... .. ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariada y, en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...>>). (p.26-27)

De forma cronológica es seguida esta institución por España que implementó el amparo a los derechos fundamentales en su Constitución de 1978 en su artículo 53 y, como ya se ha mencionado con antelación, este triunfo fue obtenido de la República Federal de Alemania.

En Colombia se implementó la acción de tutela con la Constitución de 1991, tal como lo menciona Rozo (2006), citado por Angarita, Bejarano y Lugo, (2017):

La Constitución Política de 1991 trajo consigo importantes cambios en cuanto a la protección de Derechos Fundamentales se refiere, y tal vez el más importante, fue la introducción de una acción especial, cuyo origen se remonta al juicio de amparo mexicano, "que es una garantía constitucional que se difunde en toda América Latina, aunque con diferentes nombres: mandado de segurança, tutela o protección". (p.95)

---

<sup>5</sup> Constitución española, artículo 53.2: La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales ordinarios se instrumenta a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, según prescribe el apartado 2 del artículo 53.CE. En palabras del propio Tribunal Constitucional, "la preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariada, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son sumarios, sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a rapidez" (STC 81/1992, de 28 de mayo). (Alejandro Rastrollo Ripollés, 2017)



Una vez entró en vigencia la Constitución de 1991 y con ella la garantía a la protección de los derechos fundamentales, siendo esta una teoría propia del neoconstitucionalismo, la Corte Constitucional en uno de los primeros pasos para conceptualizar la acción de tutela afirma que:

...La acción de tutela es una de las concreciones más importantes de la "efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (CP art. 2), la cual, en razón del valor central y privilegiado de la persona y de su dignidad en el nuevo marco constitucional, ha sido elevada a fin esencial del Estado. El trasfondo axiológico y finalista que resplandece en la Constitución, no autoriza sin traicionar su genuino sentido, se supedite la procedencia de la acción de tutela a la inexistencia de un medio de defensa judicial ordinario, independientemente de su efectividad y eficacia como mecanismo de protección. El artículo 86 reconoce a toda persona un derecho a la protección inmediata de sus derechos fundamentales... (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992)

En secuencia de lo anteriormente mencionado de forma sucinta, en donde se describe la evolución de la protección de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, partiendo de forma innovadora de los Estados Unidos Mexicanos en 1917 y que en Europa, si bien ya existía un mecanismo implementado de manera consuetudinaria por parte del juez para proteger tales derechos, solo pudo consagrarse este mecanismo en la Constitución de Alemania en 1949, un año después de la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, con posterioridad copiada en la Constitución de España. De allí que Colombia con la Constitución de 1991 introdujera aquel mecanismo que ya venía en evolución en otros países para la protección eficaz de los derechos fundamentales.

## **La salud como derecho fundamental y prestacional en Colombia**

El origen humanista para predicar la igualdad entre los semejantes fue concebido por la escuela estoica que desarrolló la idea de igualdad en los seres humanos, tanto así que Epíteto, uno de sus grandes pensadores y precursor del emperador Marco Aurelio, fue un esclavo (Bernal, 2012).

Por otra parte, Bartolomé de las Casas (1474-1566), jurista clérigo protector de los derechos de los indios nativos de América en la época de la Conquista<sup>6</sup>, defendió su derecho a la igualdad y libertad e incluso incursionó en su derecho al trabajo, señalando la conquista como una barbarie en contra de la humanidad, como lo afirma Monseñor H. Grégoire (1806) citado por B. Pulido (2011, p. 438-439):

Grégoire termina su disertación apelando a devolverle su lugar como hombre virtuoso y justo.

Las obras de Las Casas, lejos de presentar ninguna indicación contra él, reclaman por todas partes los derechos de la libertad, e inculcan los deberes de la benevolencia a favor de todos los hombres, sin distinción de color ni de país: así los principios que él profesa siempre, y su conducta invariable, desmienten una acusación, cuyo valor pueden actualmente apreciar los talentos inmortales [...] Los amigos de la religión, de las costumbres, de la libertad y de las letras, deben un homenaje de respeto a la memoria de aquel a quien Eguiara llamaba el Adorno de América, y quien, perteneciendo a la España por su nacimiento, a la Francia por su origen, puede con justo título ser llamado, el Adorno de los dos mundos. (pp. 362-363)

De forma cronológica es importante mencionar la relación de los derechos naturales en el origen de los Derechos Humanos, en donde G. Escobar (2005) expresa:

...Los derechos humanos tienen su origen en el seno de la tradición iusnaturalista, como derechos naturales. Frente a la anterior concepción *objetivista*, ejemplificada en la obra de santo Tomás de Aquino, el Derecho natural propio del racionalismo de los siglos XVII y XVIII se *subjetiviza*, separándose de sus ataduras teológicas,

---

<sup>6</sup> Véase "Bartolomé de las Casas Brevísima Relación de la destrucción de las Indias" : "Las Casas regresó al Nuevo Mundo en 1517, provisto de un nombramiento como protector de indios, y se aplicó con energía a su labor humanitaria. Pronto encontraría una férrea oposición de parte de los encomenderos de La Española y de Cuba, quienes veían este celo del clérigo por los derechos de los indios como una amenaza para el sistema productivo que intentaban consolidar" (Editorial Universidad de Antioquia, 2011, p 20)

que lo concebían como trasunto del orden divino, articulándose ahora a partir de un estado de naturaleza que la razón humana puede y debe descubrir. Desde este momento, del derecho natural no derivan obligaciones sino derechos, considerados inherentes a la naturaleza humana y, por lo tanto, previos y superiores al poder político. Todo ser humano, por el simple hecho de serlo, tiene derecho a que se le trate con igual consideración y a que se respete su vida, su libertad y su propiedad, y la garantía de estos derechos es la razón de ser de toda organización política...

(p.6-7)

La ideología de los derechos naturales inmersos en los derechos humanos era un contexto que se respiraba en el siglo XVIII, influyendo de forma directa en las corrientes ilustradas, en toda Europa e incluso de América, entre sus exponentes se encontraban autores como Locke, Pufendorf y Montesquieu por lo que se vivía un iusnaturalismo racionalista, mientras que en otra corriente llamada por Gregorio Peces-barba (1989) "*humanismo laico*", fisiócratas como Voltaire, Hobbes y Rousseau también incidieron en la Revolución Francesa sin desconocer los constituyentes americanos con la diferencia de tener una posición teórica netamente positivista.

En este orden de ideas, es importante atender el planteamiento teórico iusnaturalista de Jhon Finnis (1980), citado por Joaquín Rodríguez, 1993, quien manifiesta que. La razonabilidad práctica debe tener su entendido bajo las exigencias de la justicia, "son preferibles estratégicamente los conceptos de deber, obligación o requisito y en efecto, esta orientación estratégica modela el razonamiento posterior" (p.387), en consecuencia para Finnis, "los derechos humanos se hallan limitados por determinados aspectos del bien común (del que por lo demás son componentes fundamentales), tales como la salvaguarda de un contexto de <<orden público>> que proteja la moralidad y salud públicas", (p.389).

Asimismo, es pertinente sustraer el pensamiento de MacIntyre, quien se distingue como un autor radical del iusnaturalismo en la actualidad, conforme a su afinidad con el derecho confesional dentro del neoiusnaturalismo. Considera que los derechos humanos no existen debido a que es imposible predicar su universalidad, esto quiere decir que al afirmar su neutralidad tiene como resultado su inexistencia, por tal razón MacIntyre manifiesta que los

derechos humanos son pretensiones de una universalización de la moral propia de una cultura y pueblo determinados (Ocantos, 2020).

Una posición diferente aborda la teoría positivista, la cual explica que las normas no son concebidas ni fundadas a partir del derecho natural. En este hilo de ideas hallamos a Kelsen (1997), quien expresa que:

La naturaleza carece de voluntad y mal puede, por ende, instaurar normas. Las normas sólo pueden ser supuestas como inmanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios. Que dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad –o de alguna otra manera- ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un acontecimiento afirmado más allá de toda experiencia posible. (p. 232).

Por su parte, para hablar de las generaciones de los derechos humanos hay que remontarse a la década de los sesenta en donde se comenzó a mencionar “el derecho al desarrollo”. Así, durante décadas se insistió en llamarlos derechos humanos, surgiendo una necesidad de justificar tal expansión bajo las continuas declaraciones y convenciones internacionales, por lo tanto, para el siglo XVIII se consagraron los derechos civiles y políticos continuando en el siglo XX los derechos económicos, sociales y culturales (Rabossi, 1997). Unas de las tesis que intentaba explicar la diferencia tanto de los primeros como de los segundos es la planteada por (Vasak 1979, citado por Rabossi, 1997) de la siguiente manera;

[Los derechos civiles y políticos son] derechos-atributo de la persona humana, derechos que en lo esencial son oponibles al Estado, de quien se supone una actitud de abstención para que puedan ser respetados... los derechos económicos, sociales y culturales [son] derechos de crédito contra el Estado y la colectividad nacional e internacional organizada, son derechos exigibles al Estado

para poder ser realizados... [Los derechos de solidaridad] son nuevos porque son, a la vez, oponibles al Estado y exigibles a él. (p:2,49)

Para Norberto Bobbio, el problema de hablar de los derechos humanos radicaba sobre el concepto que se le otorgue a la palabra derecho, ya que su significado puede ser diferente dependiendo de que si se conceptualiza fuera o dentro del ordenamiento jurídico estaría en ambigüedad. Asimismo, Bobbio hablaba de derechos humanos y le daba un significado igual que a los derechos fundamentales, sin embargo, esta última lo utiliza al mencionar los derechos como objeto de estudio, en referencia al hilo conductor para Román (2015) afirma que:

A lo largo de su obra encontraremos una especial predilección por el término italiano “diritti dell’uomo” o “diritti umani” para referirse a los derechos humanos como objeto de estudio. Aunque en algunas ocasiones los sustituía por los vocablos italianos “diritti fondamentali” o simplemente “diritti”. (p. 157)

Los derechos fundamentales en Colombia se implementaron con la Constitución de 1991, la cual acoge la Declaración de los Derechos Humanos, entre ellos los de primera, segunda y tercera generación, siendo los primeros de un carácter fundamental, no obstante, han tenido dos posturas a lo largo del tiempo, según la Corte Constitucional. La primera meramente formal, siendo los derechos de primera generación los de mayor importancia y la segunda, integral y sistemática, en donde sostiene que los derechos consagrados en la Constitución deben interpretarse según su contenido iusfundamental y por lo tanto, dichas distinciones son artificiales y meramente académicas (Pérez, Hernández, Leal, & Castilo, 2019).

En breve resumen, los derechos de primera generación son aquellos derechos subjetivos o libertades potestades que el ordenamiento jurídico positivo establece para que no se afecte la libre elección de los planes de una persona (Peces, 2004, pág. 24; Pérez, et al, 2019). Los derechos de segunda generación, según la Sentencia T-008 de 1992, son aquellas garantías de carácter prestacional o asistencial que no son propias de un individuo sino que es una obligación del Estado de proteger y brindar ciertos bienes al individuo por ser parte de un contrato social, y por último, los derechos de tercera generación, son entendidos como aquellos de vital importancia al ser humano; tal premisa es asistida por la

Sentencia C-215 de 1999 teniendo una connotación de ser derechos solidarios toda vez que son intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada (Pérez, et al., 2019).

La salud como un derecho prestacional, tiene su origen con la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales que data de la segunda mitad del siglo XX desde el constitucionalismo social permitiendo que Colombia se integrara con este movimiento internacional, ratificando los diferentes convenios con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, ameritaba una evolución significativa de estos derechos prestacionales debido a los grandes problemas sociales frente a la igualdad, las relaciones contractuales y la estructuración normativa del Estado de Derecho (Pérez, et al., 2019).

Es así como el reconocimiento doctrinal implementado por la Corte Constitucional ha visto viable la protección en conexidad con los derechos fundamentales para garantizar los derechos de segunda generación siendo su máximo exponente el jurista Rodolfo Arango, quien resalta la importancia de los derechos sociales fundamentales entablado una obligación expresa de los Estados en busca de garantizar dichos derechos, empero el Estado colombiano al implementar en el neoliberalismo el “fortalecimiento del libre mercado” en sus políticas públicas, ha incumplido aquellas obligaciones internacionales y sometido a los jueces dentro de sus limitaciones, tal es el caso, de las decisiones que involucran recursos estatales, permitiendo así que los derechos sociales se conviertan en meras aspiraciones sociales (Pérez, et al., 2019).

De acuerdo a los planteamientos esbozados con antelación, la Corte Constitucional progresa y expone la actual tesis que hoy se maneja en relación al derecho fundamental a la salud con la Sentencia T-760 de 2008 donde reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, manifestando que resulta artificioso tener que recurrir a la estrategia de la conexidad para protegerlo, en cambio no implica que todos sus asuntos sean tutelables aun cuando este derecho no es absoluto y además de no dar por sentada su admisibilidad sin antes tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (Angarita, et al 2017)

El control político que ejerce la Corte Constitucional sobre las políticas públicas en salud en Colombia se debe a su intervención en la Sentencia T-760 de 2008 debido al contexto histórico que se vivía en el país, siendo la vulneración a este derecho el más afectado, el cual implicaba la intervención inmediata por parte de las autoridades nacionales y en vista de una omisión legislativa y administrativa vivida, este cuerpo colegiado provocó la prevalencia del derecho fundamental a la salud como autónomo hasta entonces considerado un derecho prestacional y por ende obligación del estado, pero las constantes vulneraciones sobre este mencionado derecho, derivó con la intervención de parámetros mínimos que deben contener las políticas públicas en cuanto al contenido prestacional en lo que a derechos fundamentales se refiere, resultado de una acción de tutela ejercida por la ciudadanía (Vargas & Beltrán, 2019).

Una de las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia T-760 para poder categorizar el derecho a la salud como derecho fundamental, es en razón de la estrecha relación entre el principio de dignidad humana y el de salud, como *“elemento fundante del Estado Social de derecho que impone las autoridades a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición”* (Vargas & Beltrán, 2019).

Una vez la Corte Constitucional estableció el derecho fundamental a la salud como autónomo, el Congreso de la República procedió a regularlo mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en la cual se reconocen los planteamientos esbozados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 2008. Este progreso normativo tendría como objetivo teleológico, la protección de manera efectiva al derecho fundamental a la salud, no siendo suficiente esta Ley Estatutaria, el Congreso promulgó la Ley 2026 de 2020 comúnmente llamada, Ley Jacobo, donde demuestra lo insuficiente que puede ser la legislación para atender el derecho fundamental a la salud. Esta última ley está dirigida a los menores de edad enfermos de cáncer quienes prevalece una atención prioritaria e integral.

Ahora, el único problema del derecho fundamental a la salud no yace únicamente en su normatividad e implementación, también recae sobre su sostenibilidad fiscal como se puede ver en el artículo “Impacto Económico de las Acciones de Tutela en Salud en Colombia”, en donde se detalla por qué el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) no es



sostenible, esto en parte, debido a las órdenes judiciales que protegen el derecho fundamental tan mencionado (Plazas & Moreno, 2017).

Igualmente, los recursos que se inyectan al sistema en salud en Colombia provienen de recursos privados y en su mayoría subsidiados por el gobierno nacional, entre estos encontramos los recursos que se obtienen de los aportes a las EPS tanto subsidiados, como no subsidiados. En los casos de cumplir con los fallos de tutela, la EPS tiene la obligación de recobrar al hoy ADRES, esos recursos que no se encontraban previstos en el POS, adicional a ello, también son complementados con los giros nacionales que hace el Ministerio de Hacienda en relación al Sistema General de Participación, rubro destinado a salud. En consecuencia, la investigación arroja que el problema grave hoy en el sistema a la salud encuentra su origen en la falta de financiamiento (Plazas & Moreno, 2017).

De acuerdo a los anteriores planteamientos y siguiendo el hilo principal del artículo, es importante recalcar las dos posiciones que aquí se vislumbran en un Estado social de derecho, los intereses generales y colectivos para el caso en concreto, el principio económico de sostenibilidad fiscal, y los intereses individuales tratándose del derecho fundamental a la salud, al respecto Cristina Motta (1995) expresa lo siguiente:

En la Carta de 1991, como veremos, no cabe la idea de un interés general independiente y superior a los intereses individuales. Tampoco cabe, sin embargo, la de un individuo destinado a refugiarse en la inmediatez de sus intereses particulares e incapaces de recoger en sus decisiones y acciones intereses distintos a los propios. (p. 214)

En el mismo sentido, puede darse una solución palpable y pragmática que permita una eficiente prestación del servicio con una regulación económica acorde, siempre y cuando las políticas públicas en salud, sean en pro de la prevención de las enfermedades, promoviendo el bienestar y no un sistema asistencialista, siendo los usuarios una parte activa en estas políticas y teniendo un mayor autocuidado. De esta manera, las entidades promotoras de salud serán conscientes de su participación en las estrategias para cumplir con la protección a este derecho fundamental sin desconocer los criterios de costo-efectividad (Ramírez, Rocha, Durango & Rodríguez, 2016).



En consecuencia, de las posiciones demostradas con antelación, es importante considerar que el derecho fundamental a la salud en Colombia, se garantiza mediante la acción de tutela, la cual se ha visto influenciada directamente por la construcción doctrinaria y axiológica de la interpretación del principio a la dignidad humana. Esta posición es respaldada también por Robert Alexy (1993)<sup>7</sup>, Zambrebleski (2005)<sup>8</sup> y Ferrajoli (2003)<sup>9</sup> (Aldunate Lizana, 2010), no obstante, la garantía que el Estado brinda a los ciudadanos basados en el contrato social debe ser impermeable sobre reformas negativas y desfavorables, lo que implica que estas normativas únicamente tiendan a dirigirse a su progresividad. Estos derechos fundamentales particularmente el derecho a la seguridad social y en el caso concreto, a la salud, tienen su sustento en los artículos 8 y 49 consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991 como también en la Declaración de los Derechos Humanos en sus artículos 22 y 25 Es así como el derecho fundamental a la salud está compuesto de manera fragmentada por tesis que ha implementado el constituyente para su protección, como la Constitución moderna de 1991 que merece halagos por parte de los defensores de los derechos del hombre y sobre todo, del paradigma neiusnaturalista que en su lucha por definir un poder más transcendental que el nacional, unificó el concepto humanista para la protección misma del ser humano.

### **Procedimiento y proceso para acceder a la salud mediante la acción de tutela.**

El Sistema de Seguridad Social en Salud es un conjunto de unidades integradas por principios internacionales, normas nacionales e internacionales, instituciones nacionales como internacionales<sup>10</sup> y procedimientos que pretende atender, cuidar, proteger y guardar

<sup>7</sup> Véase Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>8</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo, Historia y constitución, Trotta, Madrid, 2005.

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, M. (coord.), Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2003.

<sup>10</sup> Una vez creada las Naciones Unidas en 1945 dentro de sus tareas se encontraba la creación la Organización Mundial de la Salud y esta entró en vigor el 7 de abril de 1948. De igual forma dentro de las instituciones internacionales también se encuentra la Organización Panamericana de la Salud establecida en 1902, siendo la organización internacional de salud más antigua del mundo, esta se estableció en Colombia en 1951 y el 7 de diciembre de 1954 se firmó un convenio que rige las relaciones entre la OPS y Colombia.

las contingencias a través de las prestaciones asistenciales y económicas. A este conjunto, lo acompaña un instrumento constitucional de protección, a razón de ser considerada la salud un derecho fundamental, todo ello en el marco o contexto de garantizar a toda la población en general este servicio.

A partir de la Constitución de 1991, el desarrollo de este derecho fundamental ha sido enmarcado, como se ha visto a lo largo del texto, por los continuos pronunciamientos de la Corte Constitucional, en donde define en las diversas sentencias, entre ellas y no la menos importante, la Sentencia T-760 de 2008, la cual es considerada una sentencia arquimédica del derecho fundamental a la salud, la cual precisa la interpretación que recae sobre este derecho, los diferentes alcances que trae consigo la salud, la explicación dentro del sistema de seguridad social en salud y, por supuesto, el entendido como servicio prestacional público que debe garantizar el Estado.

Consigo surge la problemática que engloba en una esfera los procedimientos y etapas procesales que se deben tramitar para ser efectiva tal prestación, que a simple vista debe ser garantizada tan solo con la comprobación de padecer una enfermedad bajo los parámetros de la *lex artis* de la medicina, y esta a su vez debe garantizar la entrega del medicamento idóneo como también la remisión al especialista indicado. Sin embargo, en Colombia esta prestación del servicio a la salud ha sido absorbida por el concepto costo-beneficio, concepto que se aplica bajo la corriente ortodoxa de la economía<sup>11</sup>, asumiendo una posición indiferente hacia el usuario por parte de las EPS, tanto como de las IPS, entorpeciendo la prestación de servicios mediante reglamentos formales, que extenuan y en consecuencia, amplían el procedimiento administrativo, como resultado surge la inconformidad por parte del usuario o beneficiario, generada por la tardía intervención, de tal suerte que por esta problemática administrativa, florezca el papel importante que juega la Acción de Tutela en Salud.

---

<sup>11</sup> La corriente ortodoxa se encuentra ligada a la posición neoclásica de la economía, entre sus autores encontramos a Alfred Marshall, Leon Walras, Vilfredo Pareto y Arthut Pigou, en este orden, prevalecen la concepción del dinero como dictamen rector y asimismo se veía la idea del desarrollo como beneficio colectivo (Jhon & Manuel, 2018).

Aquel procedimiento extenuado en principio es regulado por los reglamentos institucionales de las EPS y por las IPS en atención al cliente y en el mejor de los casos, si es solicitada una cita vía telefónica puede ser agendado de forma muy optimista para la semana entrante a la llamada, no obstante si el medico receta medicamentos que pueden ser costos, he aquí donde se presenta el problema, toda vez que las instituciones responden de manera evasivas para retrasar su entrega o también en caso de algún especialista, estas problemáticas en principio, son en general para las persona subsidiadas o cotizantes, pues es preferencial la atención para los contributivos o persona que adquieren un seguro médico.

Del anterior procedimiento que puede llegar a tardar más de dos meses, entre cita y cita o por la falta del fármaco en la farmacia, el usuario opta por hacer una acción de tutela, empero tiene el deber de recurrir al derecho de petición para solicitar de manera formal sus medicamentos, operaciones o suministros, so pena de ser declarada improcedente la acción de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad que para la mayoría de la población es con el objeto de evitar un perjuicio irremediable y no definitivo.

Una vez interpuesto el derecho de petición la entidad promotora de salud tiene 15 días hábiles para responder el mismo y así agotar el requisito de procedibilidad, tal como lo señala el artículo 14 de la ley estatutaria 1755 de 2015.

Al terminarse la etapa previa que con antelación se menciona, el usuario procede a rogar su derecho fundamental a la salud frente a los estrados judiciales, para que se dirima la controversia mediante una acción constitucional de tutela, en donde el juez es investido de manera transitoria como juez constitucional tal como lo señala el artículo 43 de la ley 270 de 1996 "También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales".

Ahora bien, en principio es discrecionalidad del juez velar por la protección de este derecho fundamental, en donde el juez tiene que hacer un estudio previo con el objeto de admitir en debida forma la acción de tutela que ha causado la omisión de una prestación efectiva en salud, este estudio previo debe ceñirse bajo los principios del decreto 2591 de 1991 en donde relata en su artículo 6 las causales de improcedencia;

ARTICULO 6º-Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De forma adicional a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha ampliado estos requisitos de improcedencia bajo los principio de inmediatez, subsidiariedad, legitimación en la causa tanto pasiva como por activa, entre otras... con el objeto de manejar una seguridad jurídica que permita la intervención del poder judicial de manera efectiva, protegiendo así, tanto la parte pasiva como la parte activa del proceso, sin desconocer todos los incidentes económicos-fiscales que estos tienden a repercutir en la sociedad, de igual forma y en casos en concreto, la acción de tutela amplia ese margen de procedencia, ya no para declararse improcedente sino dentro del estudio de fondo ser concedida, restringiendo la discrecionalidad del juez constitucional, un claro ejemplo es la procedencia de la acción de tutela para acceder a suministros de insumos, servicios y tecnología excluidos del Plan de Beneficios en Salud dentro de la sentencia T-010 de 2019.

a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior. (Subrayado fuera del texto original).

La misma Corte Constitucional ha referido que solo de manera excepcional puede estudiarse de fondo una acción de tutela obviando el mecanismo definitivo<sup>12</sup> que ha esta acción la enviste y revistiendo una mayor importancia el mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sin tener en cuenta los principios antes descritos, cuando la persona sea de especial protección constitucional (Personas menores de 18 años, persona de la tercera edad<sup>13</sup>, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial<sup>14</sup>, entre otros), esto no quiere decir que no se pueda ejercer la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable en otros escenarios, en donde no sean partícipes estas personas que la constitución le da prevalencia, sino que se reviste su importancia al ser alegadas por estas personas de especial protección constitucional.

Por su parte es adecuado traer a colación la importancia que tiene la realidad social en el país, al permitir que el concepto de acción de tutela en salud se ha deformado, recurriendo a esta herramienta como mecanismo preferente o alternativo gracias al elevado grado de

---

<sup>12</sup> Véase Sentencia T-398 de 2019: La Corte recuerda que, en la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el requisito de subsidiariedad debe revisarse caso por caso, a fin comprobar que, a pesar de existir otro mecanismo de defensa, no se esté ante una de estas posibilidades: a) que no se esté ante un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela procede excepcionalmente; b) que si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no sea idóneo o eficaz, y; c) que no se esté ante personas que requieren de especial protección constitucional, como niños, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, población desplazada, personas de tercera edad, entre otros. Subrayado fuera de texto.

<sup>13</sup> Véase: “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” emitido por el DANE, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico. Subrayado fuera de texto (Sentencia T-015/19, 2019 Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado)

<sup>14</sup> Véase; SEGUNDO.- DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA, por los cargos analizados en esta sentencia, de las siguientes expresiones:

a. “los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales” contenida en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que deberá reemplazarse por “personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial”. Subrayado fuera de texto. (Sentencia C-458/15, 2015 Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado)

vulneración de los derechos fundamentales, dejando a un lado el carácter subsidiario, residual y cautelar, repercutiendo en una crisis financiera e institucional en el sistema a la salud, como consecuencia de la deficiente o inexistente prestación del servicio de salud, aunando en ello, los otros mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico, no son eficientes como lo es tutela por tener esta última, bondades dotadas por la constitución, tal como la inmediatez, celeridad e informalidad, con el objeto de perseguir un eficiente servicio de salud, siendo la acción de tutela más eficaz para salvaguardar el derecho fundamental que los demás medios de defensa, por ser evidente un ejemplo, es el del derecho de petición que en ultimas, es amparo por la acción de tutela al no ser contestado (Angarita, Bejarano, & Lugo, 2017).

Entre el procedimiento administrativo que todo usuario debe hacer para acceder a la prestación efectiva del derecho fundamental a la salud y el proceso sumario de acción constitucional de tutela por medio del cual se intenta proteger al primer instrumento, puede llegar a tardar más de tres meses en la solución del conflicto como resultado de la sumatoria de 15 días hábiles del derecho de petición, 10 días hábiles<sup>15</sup> en el pronunciamiento del juez constitucional y 20 días hábiles más para el pronunciamiento de su impugnación<sup>16</sup>, sin garantizar que con este proceso se le conceda el derecho fundamental a la salud, se está poniendo en una balanza el orden público e incluso la credibilidad de una tutela judicial efectiva.

### **Derecho a la efectiva garantía de la tutela judicial en Colombia.**

La tutela judicial efectiva ha sido un concepto muy cuestionado en España, como consecuencia de ser genitora del concepto exegético en el precepto constitucional artículo 24 numeral primero, no obstante debe ser vista de una forma más pragmática dejando a un lado la posición retórica o definición fragmentada de un principio con contenido hermenéutico para Mateu-Ros (1982) la tutela judicial efectiva es “si bien el derecho a la

---

<sup>15</sup> Decreto 2591 de 1991 artículo 29: Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo.

<sup>16</sup> *Ibidem* artículo 32:... El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de 20 días siguientes a la recepción del expediente...

tutela efectiva de los jueces y Tribunales comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, esta resolución «habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello». (p.88)

Valmaña (2018) sostiene que, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, el cual lo encontramos en la Sección primera del capítulo II del Título I de la Constitución Española, este se constituye como un instrumento de defensa que todo ciudadano tiene para hacer efectos sus derechos e intereses legítimos.

Por otra parte, para Juan Toro (2017) la tutela judicial efectiva es:

Tutela judicial efectiva, es el derecho que tiene todo ciudadano a acceder a la jurisdicción, sin traba alguna; se le dé respuesta a un proceso en un plazo razonable, al derecho de defensa, ya la concesión de un recurso efectivo. “Efectiva” es que además de acceder a la jurisdicción, se debe de prohibir la indefensión (privación o limitación no imputable al justiciable de medios legítimos de defensa), se debe resolver sobre el fondo (El Juez debe de resolver sobre lo que pide el ciudadano), acceso a los recursos (previstos por las leyes) e intangibilidad de las resoluciones firmes (aquellas contra las que ya no cabe recurso alguno). (p.311)

Según la sentencia C-426 de 2002 emitida por la Corte Constitucional Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, en Colombia la tutela judicial efectiva se define como:

La posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Asimismo, esta definición encuentra su fundamento jurídico no solo en normas nacionales sino en normas internacionales tal como se expresa dentro de la misma sentencia antes descrita:



Cabe puntualizar que el fundamento del derecho a la protección judicial efectiva no sólo se encuentra en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política. También aparece consagrado en las normas de derecho internacional, concretamente, en los tratados y declaraciones de derechos que han sido suscritas y ratificadas por Colombia. Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos declara que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En igual medida, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil

Para el Consejo de Estado en su sección segunda consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren radicado 08001-23-31-000-2011-01174-02, impugnación de acción de tutela 2012, la definición de la tutela judicial efectiva tiene tres elementos esenciales:

Este plurimencionado derecho está compuesto de tres elementos esenciales; el primero de ellos referente al acceso a la administración de justicia, lo que se traduce en el acceso a la jurisdicción competente para proponer un conflicto; el segundo, integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo de la litis para que se haga un estudio profundo de las pretensiones, el cual se verá reflejado en la obtención de una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en derecho; y por último, pero no de menor importancia, el derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera, pues exige que el fallo proferido se cumpla y el actor sea reparado en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan, en simples declaraciones de buenas intenciones. Esta necesidad de cumplimiento del fallo judicial, hace



que necesariamente el derecho subjetivo a obtener su ejecución haga parte del derecho fundamental proclamado

En resumen, la tutela judicial efectiva, se predica tanto como un instrumento sencillo y rápido para que se ampare de manera efectiva los derechos fundamentales, tal como nos los enseña la convención interamericana de derechos humanos, empero esta definición también es entendida como el legítimo derecho que todo ciudadano tiene para acceder a la justicia, este derecho bajo los principios de celeridad, concentración, inmediación y congruencia, además de su componente gratuito y accesibilidad para todos los ciudadanos, por su parte el significado propio puede también contemplar tres elementos para su entendimiento, tal como lo menciona el Consejo de Estado, el acceso a la jurisdicción, la resolución de fondo de la Litis y el derecho a la exigencia del cumplimiento del fallo.

### **La justicia frente a la protección del derecho fundamental a la salud en la ciudad de Barranquilla.**

Dentro de las estadísticas indicadas en la página de la Corte Constitucional, se puede identificar que, entre enero de 2019 y marzo de 2020, se radicaron 726.889 acciones de tutela solicitando derechos fundamentales. Para la presente investigación, la información debe ser reflejada según las tutelas radicadas por el lugar de origen, en donde, de estas 726.889 tutelas, 24.118 son del departamento del Atlántico y 19.996 presentadas en Barranquilla, ilustrados en la tabla 1.

Tabla 1.

#### Acciones de tutela Corte Constitucional

Período	Acciones de tutela (Colombia)	Acciones de tutela (Departamento del Atlántico)	Acciones de tutela (Barranquilla)
Enero 2019	726.889	24.118	19.996
Marzo 2020			

*Fuente:* elaboración de los autores, 2020.

De esas 19.996 correspondientes a la ciudad de Barranquilla, 3.978 son acciones radicadas con el fin de amparar el derecho fundamental a la salud, el siguiente gráfico, tiene como objeto mostrar las diferentes variables en la decisión de primera instancia; conceder, concede parcial, hecho superado, improcedente, niega y rechaza.

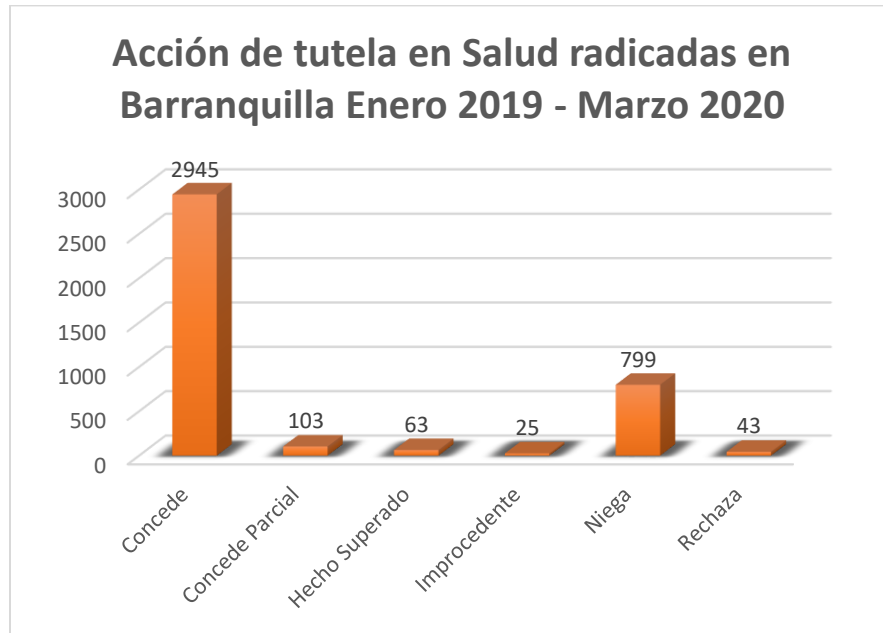


Gráfico 1.

Pronunciamiento en Primera Instancia.

Fuente: elaboración de los autores, 2020.

Ahora bien, esta segunda grafica tiene como objeto reconocer las variables de Confirmar, Confirmar y adiciona, Hecho superado, Revoca y Revoca parcial, dentro de los jueces de segunda instancia y de la cual se han presentado 1.116 en la ciudad de Barranquilla.

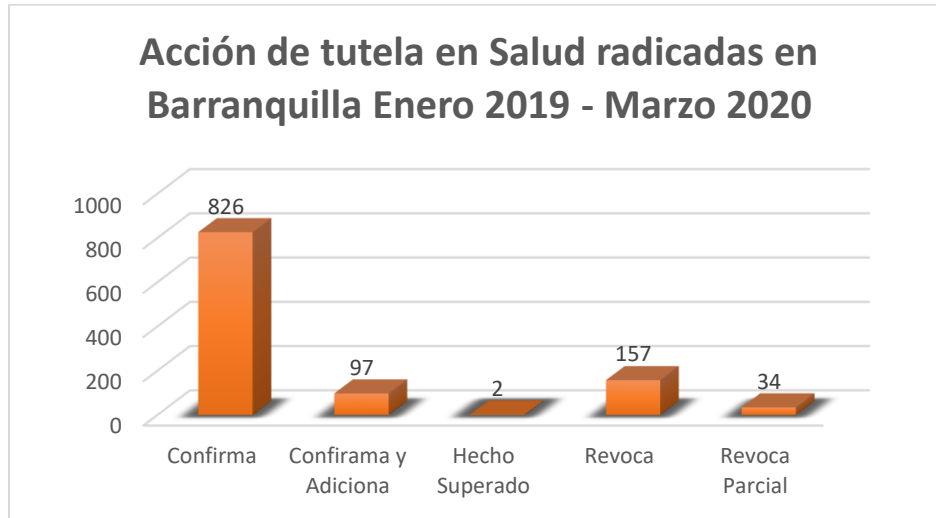


Gráfico 2, Pronunciamiento en Segunda Instancia.

Fuente: elaboración de los autores, 2020.

En la tabla 2 y de acuerdo con los datos proporcionados por la Corte Constitucional, en donde las variables están sujetas a duplicación de pretensiones en una misma acción, tiene como consecuencia que el cálculo total sea superior.

Tabla 2.

Pretensiones en acciones de tutela frente al derecho a la salud

Acciones de Tutela en Salud según su pretensión	Número de acciones de tutela
Atención en salud a persona privada de la libertad	16
Continuidad en la prestación del servicio a la salud	288
Cubrimiento de gastos médicos por EPS y/o EPSS	15
Entrega oportuna de medicamentos o insumos	1198
Exoneración de copago o cuota moderadora	47

Medicamentos, insumos o servicios excluidos, expresamente del PBS/POS	232
Medicamentos, insumos o servicios incluidos en el PBS/POS	110
Medicamentos, insumos o servicios no incluidos en el PBS/POS	6
Práctica oportuna de procedimiento médico	1153
Suministro de medicamento sin registro INVIMA	7
Transporte y viáticos para recibir atención en salud	383
Traslado por razones de salud	2
Tratamiento integral	405
Tratamiento para la obesidad	17
Tratamiento de fertilidad	1
Tratamientos experimentales o de medicina alternativa	2
Valoración y/o diagnóstico médico	241
<b>Total</b>	<b>4123</b>

Fuente: elaboración de los autores, 2020.

De este modo, se puede analizar que según las estadísticas proporcionadas por la Corte Constitucional la tutela judicial efectiva prestada en el Atlántico en materia de derecho fundamental a la Salud, es acorde al bienestar social de la población barranquillera que demanda este servicio, lo que significa que hay un alto grado de satisfacción por la población que reclama su derecho fundamental.

En estos casos la confianza depositada en la justicia por parte de los demandantes aumenta esto quiere decir que, aun cuando existe variables exógenas que no se estudiaron en la presente investigación, tales como, aquellas que no pueden acceder a la justicia por falta de conocimiento o presupuesto económico para pagar un apoderado judicial, las personas

que acuden ante la rama judicial en su mayoría encuentra una respuesta favorable a sus pretensiones en cuanto al derecho fundamental a la salud.

## **Conclusiones**

En Conclusión y bajo las premisas planteadas a lo largo del presente texto, valorar la improcedencia de una acción de tutela en salud, vulnera uno de los elementos de la tutela judicial efectiva, concretamente la valoración de fondo, y que por su parte los términos para dirimir un conflicto entre accionante y accionado, no son razonables dentro del criterio de urgencia que significa la salud de un paciente, este fundamento encuentra su premisa bajo la perspectiva de ineficacia de la norma básica.

Explorar la historia de la salud, es buscar el verdadero significado que este concepto tiene en el ser humano, un derecho que progresivamente fue introduciéndose en la distinguida naturaleza del ciudadano, como lo es hoy concebido, un derecho prestacional que el Estado debe amparar, éste logro no es concebido de forma inmediata como a lo largo del texto se amplía, fue un proceso que duró años para ser considerado en Colombia un derecho fundamental autónomo y en el mundo como un derecho innato del ser humano, bajo el fundamento de los derechos humanos o los derechos universales del ser humano, ese mismo cambio progresista, un cliché, es una transición misma de su argumento practico-general a ser un argumento sustancial y por último, un avance a ser hoy un argumento institucionalizado.

En consecuencia, entender la esfera de la garantía constitucional convertida en una acción constitucional, y la que hoy se hace presente para el artículo a colación “la acción de tutela”, es entender toda la historia y reconocimiento que se le ha dado a tan importante herramienta que justifica una garantía a los derechos fundamentales, la cual va más allá de una comprensión formal o procesal a convertirse en una comprensión sustancial.

Ahora bien, en relación al derecho fundamental a la salud, más que ser comprendida su historia, es de vital importancia la concepción de lo que ha sido para la humanidad tal prestación social, la cual tiene como objeto la protección de la vida del individuo como de su dignidad, en cuanto debe reunir unos principios que hoy son utopías; como lo es la

cobertura universal, por lo que no puede discriminarse ningún ser humano para su atención, entendidos todos como iguales y semejantes ante la misma calidad de prestación.

A lo largo del texto se ha detallado el surgimiento del derecho fundamental a la salud, postulándolo como autónomo bajo la sentencia hito T-760 de 2008 por parte de la Corte Constitucional, de forma adicional, el grado de urgencia de atención normativa que se debe aplicar para esta prestación social, por lo que se inmiscuye el poder judicial con las políticas públicas en salud, al ver la precariedad de una efectiva prestación, compartiendo el órgano colegiado la postura de Gunter Teubner en cuanto a articulación del contenido sociológico en el derecho.

Sin embargo, no hay que apartar el principio de sostenibilidad fiscal que también tiene que tenerse en cuenta al momento de fallar a favor de la protección de tan mencionado derecho fundamental a la salud, no obstante, esto podría ser evitado con un sistema preventivo y no correctivo, por lo que se vería viable la apreciación de proteger de manera eficaz y eficiente tal derecho.

Finalmente, en la actualidad se denota como se ha desarrollado una inaplicabilidad normativa con el sustento de existir una deficiencia de recursos públicos para su atención oportuna, empero es difícil aceptar esta postura, en cuanto es una obligación del Estado Social de Derecho atender el servicio de salud de manera integral, eficiente y oportuna con cobertura del cien por ciento de la población, de esta forma cumplir con una tutela judicial efectiva.

El estudio realizado sobre los fallos de la Corte Constitucional, permite entender la armonía que existe entre el poder judicial y la efectiva prestación del servicio “una tutela judicial efectiva”, y en su mayoría satisfaciendo una necesidad en salud de un ciudadano, so pena de la durabilidad del trámite.

## Referencias.

- Accion de tutela contra sentencias/caducidad., C-543 (Corte Constitucional 1 de Octubre de 1992).
- Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 79-102.
- Alejandro Rastrollo Ripollés. (Diciembre de 2017). *app.congreso.es*. Obtenido de <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=53&tipo=2>
- Angarita, A., Bejarano, V., & Lugo, J. (2017). Transformación de la naturaleza jurídica. *Verba Iuris*, 91-110.
- Bernal, A. B. (2012). *Filosofía del Derecho*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Conflicto De Competencia Aparente Entre Juzgado Promiscuo Municipal Y Juzgado Administrativo Del Circuito, Auto 119/08 (Corte Constitucional 14 de mayo de 2008).
- Corporación Esenarios. ORG. (2003). En E. Samper Pizano, J. Gonzáles Amuchastegui, L. A. Ramos, M. G. Monroy Cabra, G. Valdez Sánchez, J. M. Carrillo, . . . A. Pinillos, *EL DERECHO DE TUTELA Vigencia y Futuro* (págs. 49-66). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.
- Editorial Universidad de Antioquia. (2011). *Bartolomé de las Casas Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Escobar Roca, G. (2005). *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama Editorial.
- Española, R. A. (28 de octubre de 2020). *Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea*. Obtenido de <https://dle.rae.es/salud>
- Espinosa, S. M. (2017). *repository.ugc.edu.co*. Obtenido de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3920/Tutela\\_alcance\\_jurisprudencial\\_salud.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3920/Tutela_alcance_jurisprudencial_salud.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Figuroa, R. (2013). El derecho a la salud. *Estudios constitucionales vol.11 n° 2*, 283-332.
- Jhon, Z., & Manuel, C. (2018). Las Corrientes ortodoxa y heterodoxa del desarrollo: algunas nociones conceptuales. *OPERA*, 163-183.
- Kelsen, H. (1997). *Teoría pura del Derecho ( trad. de la 2.ª edición alemana de 1960)*. México: Porrúa.
- Mateus-Ros Cerezo, R. (1982). El derecho Constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación. *Revista de Administración Pública N°98*, 79-106.
- Motta, C. (1995). Intereses y Derechos: La transición al Estado Social. *Ética y Conflicto*, 207-236.
- Ocantos, J. (2020). ¿Cuál es el fundamento moral del neoconstitucionalismo? Una lectura a la luz del emotivismo ético descrito por MacIntyre. *Prudentia*, 115-145.

- Organización de los Estados Americanos. (9 de marzo de 2016). <http://www.oas.org/>.  
Obtenido de <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (28 de octubre de 2020). <http://www.oas.org/>.  
Obtenido de <http://www.cidh.oas.org/countryrep/colom99sp/Capitulo-3.htm#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia,T%C3%ADtulo%20II%2C%20Cap%C3%ADtulo%202o%2C.&text=En%20diciembre%20de%201997%2C%20Colombia,llamado%20Protocolo%20de%20San%20Salvador>
- Padrón, M. C. (1990). *Evolucion del Juicio de Amparo y el poder Judicial Federal Mexicano*. Mexico: Porrúa S.A.
- Peces-Barba, G. (1989). Los Derechos del Hombre en 1789 reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. *Anuario de filosofía del derecho*, 57-128.
- Pérez Tremps, P., & Revenga Sánchez, M. (2005). La Protección Jurisdiccional de Los Derechos Fundamentales en España. En E. Pajares, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales en Brasil, Colombia y España*. (págs. 26-27). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez, C., Hernández, F., Leal, K., & Castillo, D. (2019). Analisis Jurisprudencial del derecho a la Salud en Colombia. *Revistas Academia & Derecho*, 87-124.
- Plazas, C., & Moreno, D. (2017). Impacto económico de las acciones de tutela en salud en Colombia. *Vniversitas*, 325-376.
- Pulido Herráez, B. (2011). Fray Bartolomé de las Casas en la obra y el pensamiento de Fray Servando Teresa de Mier. *Historia Mexicana*, vol. LXI, núm. 2, 429-475.
- Quinche Ramirez, M. (2015). *La Accion de Tutela el Amparo en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Rabossi, E. (1997). Las Generaciones de Derechos Humanos: La teoria y el Cliché. *Lecciones y Ensayos*, 41-52.
- Ramírez, A., Rocha, D., Durango, L., & Rodríguez, S. (2016). Implicaciones de la ley estatutaria 1751 de 2015 sobre las entidades promotoras de salud del rpeginen contributivo. *Revista CES Derecho*, 13-41.
- Restrepo Pimiento, J. L. (2019). Constructo conceptual y constitucional de la seguridad social en salud y derecho a la salud. *Encuentros*, 96-105.
- Rodriguez-Toubes Muñoz, J. (1993). El iusnaturalismo de Jhon Finnis. *Anuario de Filosofía del Derecho N°10*, 375-406.
- Román, M. (2015). *Los Derechos Humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio (Teiss doctoral)*. Getafe: Universidad Carlos III. Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21545/roman-diaz-m-tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rozo, E. (2006). *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-458/15, Referencia: Expediente D-10585 (Corte Constitucional 22 de Julio de 2015).
- Sentencia T-015/19, Referencia: Expediente T-6.974.645 (Corte Constitucional 22 de enero de 2019).



- Toro, J. (2017). Tutela judicial efectiva. En Á. Sánchez, & C. Fuertez-Planas, *Horizontes de cambio en el Derecho: Principios del Derecho IV* (págs. 311-340). Madrid: Dykinson.
- Uprimny Yepes, R. (2002). El derecho a la salud en la Jusiprudencia constitucional colombiana en Saúl. En S. Franco Agudelo, *La salud pública hoy: Enfoques y dilemas contemporáneos en salud pública* (págs. 315-344). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Valmaña Valmaña, S. (27 de Junio de 2018). *e-spacio.uned.e*. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:UNEDCentroAsociadoTortosa-Articulos-Svalmana001>
- Vargas, O., & Beltrán, F. (2019). Control Político Indirecto Mediante la Acción de Tutela, desde la Perspectiva de la sentencia T-760 de 2008. *Inciso*, 103-127.