

PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ EN TEMAS DE SALUD: UN ASPECTO DE
JUDICIALIZACIÓN O JUSTICIALIZACIÓN (CARACTERIZACIÓN DE LOS
FALLOS DE TUTELA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA ENTRE LOS AÑOS 2016 A 2018)

ÁNGELA MARÍA VARELA ESPINOSA

UNIVERSIDAD DEL VALLE
ESCUELA DE SALUD PUBLICA
MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE SALUD
SANTIAGO DE CALI 2019

PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ EN TEMAS DE SALUD: UN ASPECTO DE
JUDICIALIZACIÓN O JUSTICIALIZACIÓN (CARACTERIZACIÓN DE LOS
FALLOS DE TUTELA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA ENTRE LOS AÑOS 2016 A 2018)

Presentado por:

ÁNGELA MARÍA VARELA ESPINOSA

Para obtener el título de:

MAGISTER EN ADMINISTRACIÓN DE SALUD

Director:

JAIME LEÓN GAÑAN ECHAVARRÍA

PhD En Derecho

UNIVERSIDAD DEL VALLE
ESCUELA DE SALUD PUBLICA
MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE SALUD
SANTIAGO DE CALI 2019

Contenido

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	9
2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	11
3. HIPÓTESIS.....	11
4. JUSTIFICACIÓN	11
5. OBJETIVOS	13
5.1. GENERAL	13
5.2. ESPECÍFICOS	13
5.2.1. <i>Caracterizar los factores en salud que conllevan a interponer la acción de Tutela, 2016-2018.....</i>	<i>13</i>
5.2.2. <i>Identificar los factores que hacen que el pronunciamiento judicial en una acción de tutela sea un tema de Judicialización o Justicialización, 2016-2018. 13</i>	<i>13</i>
5.2.3. <i>Relacionar la interacción que tienen los factores de justicialización y judicialización en las sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018</i>	<i>13</i>
6. MARCO REFERENCIAL.....	14
6.1. MARCO CONCEPTUAL.....	14
6.1.1. <i>Derechos Fundamentales</i>	<i>14</i>
6.1.2. <i>La Acción de tutela.....</i>	<i>16</i>
6.1.3. <i>Justicialización y Judicialización</i>	<i>19</i>
6.1.4. <i>Tutelas de salud en regímenes de excepción.....</i>	<i>23</i>
6.2. MARCO LEGAL	24
7. METODOLOGÍA.....	28
7.1. TIPO DE ESTUDIO	28
7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	28
7.2.1. <i>Criterios de inclusión.....</i>	<i>29</i>
7.2.2. <i>Criterios de exclusión.....</i>	<i>29</i>
7.3. VARIABLES	30
7.4. RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	31
7.5. PLAN DE ANÁLISIS	31
7.6. CONSIDERACIONES ÉTICAS	32
8. ANÁLISIS DE RESULTADOS	33
8.1. <i>CARACTERIZACIÓN DE LOS FACTORES EN SALUD QUE CONLLEVAN A INTERPONER LA ACCIÓN DE TUTELA, 2016-2018</i>	<i>33</i>

8.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS FACTORES QUE HACEN QUE EL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL EN UNA ACCIÓN DE TUTELA SEA UN TEMA DE JUDICIALIZACIÓN O JUSTICIALIZACIÓN, 2016-2018.	39
<i>Justicialización</i>	40
<i>Judicialización</i>	42
8.3. RELACIÓN DE LA INTERACCIÓN QUE TIENEN LOS FACTORES DE JUSTICIALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN Y LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, 2016-2018.....	44
9. RECOMENDACIONES.....	50
10. CONCLUSIONES	51
ANEXOS.....	54
FORMATO PARA ELABORACIÓN BASE DE DATOS	54
BIBLIOGRAFÍA	55

Lista de Tablas

Tabla 1. Registro de Tutelas en Colombia, discriminada por departamentos 2017-2018.....	33
Tabla 2. Derechos invocados en las tutela (período 2017-2018).....	36
Tabla 3. Solicitudes más frecuentes en las tutelas de salud (2016-2018)	38
Tabla 4. Motivos que dieron origen a las acciones de tutela Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, 2016-2018.....	44

Lista de Gráficos

Gráfica 1. Distribución de los servicios incluidos y no incluidos en el PBS del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018.....	45
Gráfica 2. Análisis de la respuesta de la entidad accionada, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018	47
Gráfica 3. Análisis de los argumentos científicos necesarios en las acciones de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, 2016-2018.	48

Resumen

El derecho a la seguridad social consagrado en la Constitución Política de Colombia del año 1991, el cual incluye entre sus componentes el derecho a la salud, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial y legal. Dichos derechos, tanto el de la seguridad social como el derecho a la salud, fueron constitucionalizados en la Constitución Política de Colombia de 1991, siendo complementados con la Ley 100 de 1993. La Seguridad Social, y de manera específica el derecho a la salud, en su reconocimiento como derechos fundamentales, han requerido de una especial protección, razón por la cual, a casi 30 años de su promulgación constitucional, se les reconoce como derechos de carácter fundamental.

Para la materialización de dichas garantías ciudadanas fundamentales, el Decreto 2591 de 1991 reglamentó la acción de tutela, en desarrollo del artículo 86 de Constitución Política, siendo a la fecha uno de los mecanismos judiciales más usados para la protección de los derechos fundamentales, ya que existen otros mecanismos de protección ciudadana, tales como el derecho de petición, peticiones de información, quejas, reclamos, manifestaciones, habeas corpus, habeas data, Acción de cumplimiento, Acciones Populares y Grupo (1). Según los informes estadísticos presentados por entidades como la Defensoría del Pueblo o la Secretaría de Salud Departamental, hasta el año 2018, el derecho a la salud y el derecho de petición; han sido los derechos que más demanda presentan para su protección.

Las estadísticas presentadas por diferentes entes gubernamentales y los hallazgos del análisis de los fallos de los magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, evidenciaron que la acción de tutela si bien es cierto se ha usado para la protección de los derechos fundamentales como el derecho a la salud,

lo cual constituye la justicialización de dicho derecho, los datos estadísticos también han evidenciado que dicho mecanismo de protección está suplantando la función de las aseguradoras y su equipo tanto médico como administrativo, lo cual conlleva a que la función de aquellos que tienen a su cargo la administración de la justicia se torne en un aspecto de judicialización.

La judicialización del derecho a la salud se ve reflejaba estadísticamente, en el alto porcentaje de los fallos de tutela respecto a aspecto que se encuentran incluidos en el plan de beneficios, peticiones que debieron ser resueltas por las aseguradoras – Entidades Administradores del Plan de Beneficios de Salud (EAPB) o las IPS (Instituciones prestadoras de Salud) y no por los jueces.

Es imperioso que se tomen medidas con la finalidad de: disminuir la judicialización del derecho a la salud, que quienes administran justicia tengan un apoyo para ejercer una función que no es natural de su formación, como un apoyo técnico científico y para que cada uno de los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud cumplan con su función.

Palabras claves: Acción de tutela, servicios de salud, derecho a la salud, judicialización, justicialización.

Introducción

El surgimiento de la seguridad social y particularmente del derecho a la salud puede encontrarse en el mundo occidental en Inglaterra, Francia - que inspira en gran medida nuestro ordenamiento jurídico en general-, y Alemania. Para los Estados Modernos la Seguridad Social es la necesidad de los gobiernos de brindar una protección social a todas las personas (2).

En Colombia, la Acción de Tutela se ha convertido en la herramienta jurídica más eficaz para la protección de los derechos fundamentales, entre estos el derecho a la salud; la Acción de Tutela fue creada en la Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 86. En el año 2018 la Rama Judicial presentó al Congreso un informe donde el 28% de las acciones judiciales presentadas corresponden a las acciones de tutela y del total de estas interpuestas, el 34,21% invocaron el derecho a la salud. Según el análisis de los lugares de origen de las acciones de tutela, el Valle del Cauca ocupó el tercer lugar con un 11.22%, en el listado por departamentos. Teniendo en cuenta el aumento de las acciones de tutela, resulta de gran interés no solo conocer el porcentaje de estas que fueron interpuestas, especialmente en el área de la salud , sino también cuales fueron los factores que desencadenaron su interposición, así como también identificar si de acuerdo a las causas que dieron origen a la acción corresponden a un tema de justicializaicón, caso en el cual se estaría propiamente frente al objetivo para el cual fue creada dicha acción judicial, o por el contrario si se trata de un tema de judicialización, el cual se caracteriza por que el administrador de justicia toma el lugar y la función de terceros para tomar las decisiones judiciales al respecto.

Con la información recopilada y teniendo en cuenta que ya han sido identificadas las características de los pronunciamientos judiciales a nivel general, existe un

especial interés por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, por conocer cuáles son las características que frecuentemente inciden y prevalecen en los fallos dictados por sus magistrados y adicionalmente realizar un análisis de estas características encontradas, con la finalidad de proponer acciones que contribuyan a las funciones de los administradores de justicia y a la vez coadyuven en el buen desarrollo del Sistema de Seguridad Social Integral en cuanto a temas de administración judicial y funcionamiento en la prestación de servicio de Salud.

1. Planteamiento del problema de investigación

En Colombia, la “Acción de Tutela” es una de las acciones judiciales con las que cuentan los colombianos desde el año 1991, para exigir la protección sobre los derechos fundamentales en general, siendo muy usada para obtener una pronta respuesta en reclamaciones que tienen que ver, entre otros, con los servicios de salud. Esta es una excelente herramienta jurídica que se aplica principalmente en el área de la salud con la intención de proteger y evitar la vulneración de dicho derecho.

La Defensoría del Pueblo presentó un informe entre los años 2015 al 2018 con acciones de tutela para buscar la protección de un derecho fundamental, con 498.240 en el año 2015 y 607.498 en el año 2018, de las cuales 118.281 (23.7%) y 207.734 (34.1%) respectivamente fueron interpuestas en reclamo por la vulneración a un derecho a la salud (3) (4) con un incremento del 10,4% de tutelas interpuestas durante estos cuatro años en el país. El Valle del Cauca fue el tercero con mayor número de tutelas en todo el país, siendo el derecho a la salud el más demandado con un 38.6% (5). El uso del mecanismo de protección judicial para los derechos fundamentales que está establecido en Colombia y en otros países de las Américas han tenido un impacto en el ámbito legal como también en el campo económico ya que los jueces con sus decisiones no solo terminan impartiendo equidad y justicia sino que igualmente toman decisiones que corresponden a otras instancias con consecuencias y connotaciones económicas, ya que es innegable que la protección de los derechos no se trata de un tema solamente jurídico sino que tiene un impacto en el aspecto financiero del sistema de salud y por ende de las finanzas del Estado. Principalmente se han realizado estudios de su impacto financiero, pero hay carencia de un análisis para establecer si el mecanismo judicial de la acción de Tutela está siendo usado para los fines planteados de su creación e

implementación, o si adicional la función de los jueces se encuentra dentro de la Justicialización o judicialización de la salud, ahí es donde nace la iniciativa de realizar el estudio en la caracterización de los pronunciamientos en tal sentido del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca durante los años 2016-2018 con la finalidad de buscar una solución a esta controversia de sí, se está Judicializando o Justicializando el derecho a la Salud según las características de los fallos de Tutela en Salud en el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle y tomar acción que contribuyan al desarrollo de una mejor función del aparato judicial.

El realizar este estudio exploratorio descriptivo permite documentar como han sido los fallos de tutela, develando sí realmente las soluciones jurídicas responden a la función jurisdiccional para la cual fue creada la función de administrar justicia en temas de salud, así como también busca que se visualice al interior de la rama judicial y para este caso en particular el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, como se está ejerciendo la función, para encontrar alternativas que permitan y faciliten el desarrollo de la función de los administradores de justicia de conformidad con los fines del Estado. Así mismo fortalecer la efectiva protección de ese derecho fundamental que tienen todas las personas independientes de su etnia, sexo, religión, entre otros, sin que necesariamente se acuda a instancias judiciales, o que el uso de estas se haga de manera excepcional y lograr disminuir esa cifra del casi 5% del aumento de tutelas interpuestas que se han venido presentando en el Valle comparada con el resto de Colombia.

2. Pregunta de investigación

¿Los pronunciamientos de los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, contemplan tanto aspectos de Judicialización como de Justicialización?

3. Hipótesis

Los pronunciamientos de los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca contemplan aspectos de judicialización que repercuten negativamente al Sistema de Salud.

4. Justificación

En el sur occidente de Colombia, para dar solución a las acciones de tutela el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca a través de la Rama Judicial realiza un proceso sistemático de evaluación de los fallos emitidos por los magistrados de la corporación con la finalidad de: i) identificar los factores que conllevaron a los ciudadanos a instaurar acciones de tutela; ii) cuales son las consideraciones que están siendo tenidas en cuenta como fundamentos no solo legales sino científicos para analizar cada uno de los casos y iii) Cuales son los argumentos de las decisiones finales del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle. El Valle del Cauca al ser el tercero con mayor número de tutelas en todo el país y con un alto porcentaje (38.6%) en demandas por el derecho a la salud (5) requiere hacer un análisis que permita realizar una retroalimentación no solo para aquellos que administran justicia sino que, se constituya en un pilar importante para la construcción de políticas públicas, así como alianzas e inclusive convenios con los actores del Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) para buscar la protección efectiva de estos derechos sin que se afecten los derechos de otros

ciudadanos, por la congestión en los despachos que están generando la acciones de tutela, como también para contribuir a fortalecer el desarrollo sostenible del Sistema de Seguridad Social en Salud, ya que estudios previos han demostrado como al emitirse un fallo de una acción de tutela en el área de la salud, no solo se involucra la protección de un derecho fundamental, sino que tiene de manera implícita una connotación financiera que no se puede desconocer y respecto de la cual es indispensable tomar medidas correctivas.

La acción de tutela como mecanismo de protección a un derecho fundamental, como lo es el derecho a la Salud, trae consigo una significación que va más allá de un tema legal o normativo, ya que quienes están encargados de administrar justicia en Colombia, requieren de conocimientos que cruzan las fronteras normativas para interrelacionarse con el campo médico y científico, siendo este punto donde se hace imprescindible realizar un análisis del cómo, la comunidad científica debe trabajar mancomunadamente con los actores del SSSI y los administradores de justicia para que se cumplan con uno de los fines del Estado de dar una protección efectiva de los derechos, sin que se menoscaben los recursos con los que cuenta el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Es así como el realizar este estudio exploratorio describiendo como han sido los fallos de tutela, ayudarán a develar si realmente se están llevando a cabo solo soluciones jurídicas sobre la administración de justicia en temas de salud o si por el contrario se están involucrando esferas de otras áreas del conocimiento como es el de los médicos, como se ha evidenciado a nivel general en el país y así proponer una solución idónea al Tribunal Contencioso administrativo del Valle del Cauca, la cual puede ser extrapolada al resto de la rama judicial, con la finalidad de que se dé una efectiva protección de ese derecho fundamental que tienen todas las personas en circunstancias optimas, como también proponer alternativas para que los usuarios no necesariamente acudan a instancias judiciales, o que el uso de las mismas se haga de manera excepcional y lograr disminuir las tutelas interpuestas que se han venido presentando en el Valle del Cauca.

5. Objetivos

5.1.General

Caracterizar administrativamente si los fallos de tutela en temas de salud emitidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle son de judicialización o de Justicialización, en el Valle, 2016-2018.

5.2.Específicos

5.2.1. Caracterizar los factores en salud que conllevan a interponer la acción de Tutela, 2016-2018

5.2.2. Identificar los factores que hacen que el pronunciamiento judicial en una acción de tutela sea un tema de Judicialización o Justicialización, 2016-2018.

5.2.3. Relacionar la interacción que tienen los factores de justicialización y judicialización en las sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018

6. Marco referencial

6.1.Marco Conceptual

6.1.1. Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales tienen su génesis en el Estado Social de Derecho, concepción que introdujo la Constitución Política de 1991, la cual estableció el respeto a la dignidad humana como principio fundante del Estado de derecho moderno. Esta afirmación surge de la estrecha relación entre la dignidad humana – valor fundante del ordenamiento constitucional colombiano y principio orientador del derecho internacional de los derechos humanos– y la eficacia de los derechos y garantías constitucionales como elemento esencial del Estado social de derecho, concepto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en sentencia T-240 de 1993. (6)

“En la concepción de los derechos fundamentales, en el marco del Estado Social de Derecho, el acento, según Osuna, se pone en la posibilidad material de todos los ciudadanos —diríamos de todas las personas— para gozar efectivamente de la *libertad real* en condiciones de igualdad —y le agregaríamos: en iguales condiciones de dignidad—.” (7)

“El derecho a la seguridad social se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 48 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. En el caso de los niños, niñas y adolescentes fue determinado expresamente como un derecho fundamental en el mencionado artículo 44. En los demás casos del artículo 48 fue consagrado en el capítulo de los derechos, sociales, económicos y culturales, es decir *prima facie* como un derecho prestacional, programático, asistencial o denominado en tales épocas como un derecho de segunda generación. Este derecho fue en parte por la Ley 100 de 1993 que creó el

Sistema de Seguridad Social Integral colombiano (en adelante: el SSSI). Este sistema está compuesto por tres subsistemas denominados, en su orden, Sistema General de Pensiones (en adelante el: SGP), Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante el: SGSSS) y Sistema General de Riesgos Laborales (en adelante el: SGRL). La legislación también creó un conjunto de programas adicionales a los subsistemas citados, bajo la denominación de Servicios Sociales Complementarios (en adelante el: SSC)". (Ibidem)

En cuanto al derecho a la salud y su evolución, la Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud (OMS), establece que: *"la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad."* (8)

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"* (...). (9)

En la Declaración de Alma Alta, en Ginebra de 1999, la OMS y la UNICEF (**Fondo** de las Naciones Unidas para la Infancia, en Inglés United Nations Children's Fund), Salud para todos en el siglo XXI, se definió que el derecho a la salud comprende: la atención, tanto individual como social, de las patologías, de los tratamientos, así como de las actividades de prevención, promoción y protección. Ello definiría entonces jurídicamente el derecho a la salud como la garantía que debe tener un ser humano de acceder a ciertas prestaciones mínimas que le ayuden a mantener o a recuperar su salud física y mental. (10)

La defensoría del Pueblo, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia”, en “El ejercicio del derecho a la salud en Colombia”, determinó el concepto de salud, desde una perspectiva social amplia que incluía aspectos importantes y complementarios como una adecuada alimentación, condiciones mínimas de salubridad, fácil acceso al agua potable, condiciones sanitarias adecuadas, vivienda digna, vida sexual y reproductiva sana; y un medioambiente adecuado. (Ibidem)

En cuanto al derecho a la salud como un derecho fundamental, el mismo ha sido protegido por tres vías. Inicialmente como un derecho por conexidad con el derecho a la vida, derecho a la integridad y el derecho a la dignidad, posteriormente se reconoció como derecho fundamental en aquellos casos en los cuales quien tutelaba es un sujeto de especial protección y su reconocimiento se realizó jurisprudencial y finalmente el reconocimiento como derecho autónomo fundamental con la Ley estatutaria 1751 de 2015.

6.1.2. La Acción de tutela

“En el año de 1991, como respuesta a un clamor social de profundas transformaciones, se consagró en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales, a través de la acción de tutela”. (2)

“De igual forma se pueden identificar también, al menos, cuatro funciones importantes y profundamente relacionadas de cara al desarrollo que ha tenido la acción de tutela: (1) Protección de los derechos fundamentales de los habitantes frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que pueda violarlos; (2) Ratificar y proteger la supremacía de la Constitución sobre

cualquier otra norma jurídica; (3) Desarrollar y Unificar la interpretación sobre la enunciación y alcance de los derechos fundamentales; y (4) Afianzar una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho.” (Ibidem)

La Acción de Tutela se estableció como un procedimiento de protección específico, autónomo, directo, sumario y excepcional, que busca la protección inmediata de la vulneración de un derecho fundamental o cuando se encuentran en riesgo de ser vulnerados.

“Los parámetros Jurídico – Procesales de la acción de tutela se resume en su reglamentación a través de los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, estableciendo como principios para su desarrollo los de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, haciendo referencia al carácter informal y preferencial de la acción, a las facultades de la autoridad judicial para obviar las formalidades especiales al momento de proteger los derechos fundamentales del accionante, define las causales de improcedencia, la calificación de temeridad de la acción en casos puntuales, la procedencia de la misma contra particulares, así como lo relacionado con el poder coercitivo que tiene el Juez de Conocimiento o de amparo de tutela para la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la orden proferida. En desarrollo de lo anterior, la acción de tutela se ha convertido en la herramienta más real y efectiva para la protección de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio nacional, incluso sus críticos coinciden en destacar la importancia que ha tenido la acción de tutela para acercar el derecho a la realidad colombiana, proteger a los sectores más débiles y vulnerables, y promover una cultura genuinamente fundada en el respeto de los derechos fundamentales”. (Ibidem)

La acción de tutela tiene un desarrollo constitucional, ya que se encuentra consagrada en el artículo 86 de nuestra Carta Magna y en nuestro ordenamiento

jurídico también la encontramos en el Decreto 2591 de 1991, el cual determina su aplicación, los requerimientos mínimos y términos procesales; igualmente ha tenido un desarrollo jurisprudencial la cual ha sido más extenso y prolijo. Según informes de la Corte Constitucional desde 1992 hasta agosto de 2019 se han dictado 34.222 providencias, de las cuales 19.341 corresponden a acciones de tutela, es decir el 56.52%.

La Acción de Tutela por tratarse de una acción judicial excepcional tiene unas características propias tales como:

- i) *“Subsidiaria*: solo es posible hacer uso de ella cuando no exista otro medio de defensa, o los que existen no resultan eficaces para la protección del derecho, es decir que de recurrir a ellos no se obtendría la protección del derecho de manera idónea y oportuna lo que conlleva a que se cause un perjuicio irremediable. En efecto, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha señalado que por *perjuicio irremediable* se entiende aquel que es *inminente, urgente, grave e impostergable*. *Inminente* es aquel “que amenaza o está por suceder prontamente”. El perjuicio adquiere la calidad de *urgente* cuando por su naturaleza obliga al juez a dar una “respuesta proporcionada a la prontitud”. Respecto a la gravedad del perjuicio, esta se refiere a la “gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”. Finalmente, el perjuicio es impostergable cuando exige del juez dar una “respuesta adecuada, oportuna y eficaz para restablecer el derecho”. Corte Constitucional, sentencias T-225/93; T-202/94; T-640/96; SU-039/97; T-173/97; T-269/97; T-504/00; T-859/03; T-222/04; T-401/04; T-827/04.
- ii) *Especificidad*: esta acción judicial solo fue creada para la protección de los derechos fundamentales, el artículo 85 se establecen cuáles son los derechos fundamentales que son de aplicación inmediata, remitiendo a

los artículos 11 (derecho a la vida); 12 (integridad personal); 13 (derecho a la igualdad); 14 (reconocimiento de la personalidad jurídica); 15 (derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, habeas data); 16 (al libre desarrollo de la personalidad); 17 (derecho a la libertad en todas sus formas); 18 (a la libertad de conciencia); 19 (a la libertad de cultos); 20 (derecho de expresión y de información); 21 (a la honra y al buen nombre); 23 (derecho de petición); 24 (de libre circulación); 26 (a la libertad de escoger profesión y oficio); 27 (libertad de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra); 28 (derecho de libertad salvo mandamiento escrito de autoridad judicial competente); 29 (al debido proceso); 30 (*habeas corpus*); 31 (a apelación o consulta de las sentencias judiciales); 33 (a no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil); 34 (a no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación); 37 (a las libertades de reunión y manifestación) y 40 (derechos políticos).

- iii) *Preferente, sumaria y eficaz*: la característica de ser preferente está relacionada con la prelación que debe dar el juez a cualquier otro asunto y teniendo en cuenta los plazos que son perentorios e improrrogables; la única excepción a esta regla es el *habeas corpus*; sumaria, ya que se trata de un trámite breve y finalmente es eficaz porque inexcusablemente requiere el juez un pronunciamiento de fondo ya sea para conceder o negar el amparo del derecho que se está reclamando". (11)

6.1.3. Justicialización y Judicialización

Para realizar un análisis del derecho a la salud en Colombia, es necesario partir de la evolución política de nuestro País ya sea como Estado liberal, Estado democrático o Estado Social.

“En el pensamiento liberal burgués, señala Osuna (12) el Estado propio del liberalismo (el Estado de Derecho), se justifica teóricamente como una organización política racional, cuyo último fin consiste en el respeto de la libertad individual, en ese sentido, dice el autor, el pensamiento liberal-burgués, los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza corresponden al hombre individual libre. Por tanto, según el autor citado, las notas comunes de tal pensamiento son las del individuo-aislado como titular, libertad individual como objeto protegido, protección puramente jurídica, y Estado como sujeto pasivo. En la concepción democrática de los derechos fundamentales, estos son legitimados en cuanto permiten un proceso democrático de formación de la voluntad política. En este contexto, refiere Osuna, los derechos fundamentales, más que pautas de separación entre el Estado y los ciudadanos, son normas que fundamentan competencias y funciones para permitir la libre participación del ciudadano en los asuntos políticos y en el proceso político. Bernal afirma que la tesis central de la teoría democrática de los derechos fundamentales señala que las facultades morales de la persona democrática se convierten, bajo el imperio de la Constitución en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano (13) Finalmente, en la concepción de los derechos fundamentales en el marco del Estado social de derecho el acento, según Osuna, se pone en la posibilidad material de todos los ciudadanos –diríamos de todas las personas– para gozar efectivamente de la libertad real en condiciones de igualdad –y le agregaríamos, en iguales condiciones de dignidad–. El mismo autor citado, señala que a diferencia de lo que ocurre con la teoría liberal-burguesa, los derechos fundamentales, en el Estado social, son algo más que las cláusulas de separación entre las competencias privadas y públicas, pues dada su relación con el reparto de la riqueza y con la participación de la colectividad en el bienestar, se tornan en uno de los componentes más significativos de la dinámica política. Por su parte Bernal señala que el Estado Social se define como un modelo de organización política, que remonta su separación con respecto a la sociedad civil. Al respecto, Baldassarre (14) detalla

que el “Estado social” es la respuesta político-constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva, que constituye el subproducto, al parecer difícilmente ineludible, tanto de los desequilibrios de poder que implica el libre juego de las fuerzas sociales y la incertidumbre implícita en los mecanismos espontáneos del mercado, entre otras causas. En palabras de Pérez Luño, (15) en la medida que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. La solidaridad pasa a ser el núcleo rector de la concepción de Estado social de derecho en reemplazo de la idea del bien común, como garantía al individuo del mayor espacio posible de autonomía privada, y la igualdad real entre todos los miembros del Estado, como base para que el ejercicio de la libertad pudiese ser universal.” (7)

“En ese contexto no se hablaría de garantizar un mínimo existencial sino de garantizar una vida digna y con calidad que permita el mayor desarrollo posible del plan de vida de cada persona y de la sociedad en general acorde con la definición del derecho a la salud referido como orientador de este trabajo, esto es, a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral y del disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Por ello los derechos sociales no serán un mero complemento de los derechos de libertad y de los derechos democráticos, sino que en sí mismos serán verdaderos derechos universales y vinculantes. Precisamente en el devenir histórico verificable de la determinación de la salud como un derecho nos encontramos que el derecho a la salud está prolijamente regulado en los instrumentos jurídicos de carácter internacional, consagración de la cual se puede colegir que el derecho a la salud es un derecho humano, universal, vinculante e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos (16). Es un derecho social inclusivo, interdependiente con otros derechos. Entraña libertades y derechos, se reconoce la salud como un bien público, garantizado por los estados parte. Es un derecho que leído en el contexto del Estado social implica la

dignificación del ser humano y la búsqueda de su bienestar integral. Efectivamente, el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de Derecho Humanos”. (Ibidem)

Partiendo de la premisa que la Salud es un derecho fundamental autónomo, cuya protección puede ser materializada por medio de la Acción de tutela, entre otras acciones judiciales, es claro que la exigencia del respecto a dicho derecho es tema de Justicialización. La concreción de dicho derecho se puede llevar a cabo básicamente por dos vías, una ordinaria al instaurar demandas ante la justicia Ordinaria Laboral o Contenciosa Administrativa; o haciendo uso de la Acción Tutela.

El aumento de las Acciones de Tutela como un instrumento jurídico que protege el derecho a la Salud entre otros derechos conlleva ineludiblemente a realizar un estudio respecto a las circunstancias bajo las cuales se está ejerciendo dicho derecho, no solo desde la perspectiva iusnaturalista sino también iuspositivista.

No existiendo disyuntiva alguna respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la Salud y de cómo su protección se puede hacer efectiva por medio de la Acción de Tutela, que es el tema que ocupa nuestra atención en este trabajo de investigación, es imprescindible analizar cómo se está llevando a cabo esta función jurisdiccional de administrar justicia, cual es el proceso sistemático que se está aplicando para la toma de tan preponderantes decisiones, las cuales tienen connotaciones tanto en ámbito jurídico como en el financiero.

José Joaquín Cayón de las Cuevas, en la conferencia “La Salud como derecho humano. Contexto actual” afirmó “El recurso de la tutela en Colombia, por ejemplo, es un extremismo al que se ha llegado en reclamo al derecho a la salud” y más adelante afirmó “la idea no es que haya que acudir a un tribunal para acceder a un servicio de salud, pero en última instancia el derecho implica eso”, afirmación que resulta concordante con los reportes estadísticos de la Defensoría del Pueblo y la

Secretaria de Salud Departamental, los cuales no solo evidencian el aumento significativo de interposición de Acciones de Tutela sino como en aproximadamente el 67% de los casos se debaten aspectos que están incluidos en el plan de beneficios o como mejor debería de decirse, teniendo en cuenta la Ley Estatutaria de la Salud, que no están expresamente excluidos, situación que se torna preocupante ya que denota un desdibujamiento del objeto de crear normas y del mecanismo excepcional de la Acción de Tutela

6.1.4. Tutelas de salud en regímenes de excepción

Teniendo en cuenta que, del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, entre los años 2016 a 2018, conoció únicamente acciones de tutela de uno de los regímenes exceptuados del Sistema de salud, es importante conocer las características del mismo.

“El régimen de seguridad social en Salud, Ley 100 de 1993, establece que el régimen de Salud es aplicable a todas las personas del país, en aplicación al principio de universalidad del Sistema de Salud (*artículo 153 numeral 1*). Pero como toda regla tiene su excepción, existen grupos de personas que se encuentran excluidas del *Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–* debido a que cuentan con un régimen excepcional en Salud en el cual los atienden o prestan el servicio integral a la Salud; estas personas se encuentran mencionadas expresamente en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993:

- Miembros de la Fuerzas militares y Policía.
- Personal civil del Ministerio de Defensa, Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar (*vinculado antes de 1 abril de 1994*).
- Profesores pertenecientes al magisterio.

- Afiliados al sistema de salud adoptado por las universidades.
- Servidores públicos de Ecopetrol.
- Los beneficiarios de los mismos, con los mismos derechos que el cotizante". (17)

Es importante destacar que después de las EPS, los regímenes de excepción se constituyen como el segundo grupo con más acciones de tutela, en el sistema de salud. En este grupo, el 97,57 por ciento de las tutelas se dirigieron contra los servicios de salud de las fuerzas militares y de policía, cuyo incremento porcentual fue de 36,27 por ciento con relación a 2017 (4); siendo precisamente el régimen que se analiza en este trabajo de investigación.

6.2.Marco legal

En el ámbito internacional se tiene la siguiente normatividad:

- Constitución de la Organización mundial de la Salud de 1946.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- Carta Social Europea de 1961.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.
- Acta Única Europea de 1987.
- Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.
- Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1989.
- Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

Así, desde la época de postguerra, la Organización Mundial de la Salud define a la salud no solamente como la ausencia de afecciones o de enfermedades sino como un estado completo de bienestar físico, mental y social. Su constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado al presente texto. En el mismo sentido se lee el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en América Latina, en donde todas las Constituciones, entre ellas la colombiana (artículo 44 de la Constitución de 1991), ubican el derecho a la salud dentro de la categoría de derechos sociales y su garantía va más dirigida hacia la protección del derecho por medio de políticas públicas que a la exigibilidad judicial inmediata del mismo. En Chile, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de 1980 asegura el derecho a la protección de la salud; en Brasil, el artículo 196 de la Constitución de 1998 establece que la salud es un derecho y un deber del Estado, garantizado, el servicio público de la sanidad. Así también se expresa la Constitución de Ecuador de 1998, en su artículo 42, el cual dispone que el Estado garantiza el derecho a la salud por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, así como a través del fomento del ambiente saludable. En el Perú, el artículo 7 del capítulo segundo de la Constitución de 1993 garantiza el derecho a la protección de la salud, y en México, el artículo 4 de la Constitución de 1917 establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. (10)

En el ámbito nacional, en Colombia, la regulación constitucional de estas características se localiza nuevamente en el artículo 86 de la Constitución colombiana, incisos 1 y 3. Inciso 1: “Toda persona tendrá acción de tutela para

reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario”, e inciso 3: “En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 1o. refleja esta preferencia y sumariedad agregando en su artículo 3o. “el trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad y eficacia”.

Ahora bien, aunque el trámite deba ser breve, sumario e informal, esto no puede suponer para el juez —desde ningún punto de vista— la posibilidad de fallar sin recaudar primero material probatorio sobre el cual sostener su fallo. Si bien el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 prevé que tan pronto el juez “llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”, no se puede colegir de allí que se pueda “conceder o negar la protección pedida sin que medie prueba, por lo menos sumaria, de los hechos alegados o de aquellos que sean relevantes para fundar el fallo”. (11)

Jurisprudencialmente, en la sentencia de tutela T-613 de 1992 (18), con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, se realizó un análisis interesante de cómo existe una conexión entre, Seguridad Social y los derechos fundamentales a la vida y a la salud, pronunciamiento que denota la preponderancia que tienen estos derechos, sin olvidar que, por aspectos de conexidad, y no con autonomía, como se daría posteriormente. (19)

“Podríamos afirmar que desde la sentencia T-016 de 2007 (20), a manera de construcción de una línea jurisprudencial, el derecho a la seguridad social fue catalogado como un derecho fundamental autónomo. Posición que ha sido reiterada por sentencias como: la T-448 de 2008 (21), la T-404 de 2009 (22). En ellas se argumenta, básicamente que “... *con la reciente evolución de la jurisprudencia constitucional, en el sentido de ser cada vez más un discurso del pasado, aquel que*

distinguía los derechos con contenido prestacional –no fundamentales- de los derechos fundamentales no prestacionales, el derecho a la seguridad social ha dejado de ser un derecho enmarcado dentro de la segunda categorización para pasar a ser un derecho autónomo, propio de la segunda clasificación, susceptible de ser protegido a través del mecanismo de tutela, dado su carácter de derecho fundamental “[...] Así las cosas, es claro que el la jurisprudencia constitucional, en su constante evolución progresista, ha precisado el alcance del derecho a la seguridad social y ha establecido su carácter de fundamental, librando al titular de la acción de tutela de entrar a demostrar la relación existente entre el desconocimiento de éste derecho y la consecuente vulneración de un derecho fundamental de carácter no prestacional...” (7)

En cuanto al derecho a la salud; por su parte, en la evolución que le han dado los honorables jueces de la Republica a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han sostenido dos posiciones; en primer lugar, se consideró que la protección al derecho a la salud dependía de si existía relación con otro derecho de mayor envergadura (vida, dignidad humana o integridad personal), esta posición es la que usualmente se conoció como conexidad; en un segundo lugar, se halla que la protección al derecho a la salud vía tutela, que tenía lugar cuando el accionante fuera un sujeto de especial protección, por lo que en esta posición, lo importante era determinar si se trataba, por ejemplo, de un niño, una persona de la tercera edad, un discapacitado, u otro sujeto cualificado taxativamente por la norma sustancial; finalmente, con la sentencia T- 760 de 2008 (23), la Corte Constitucional empezó a reconocer que el derecho a la salud era un derecho autónomo a otros derechos y que no sólo, no dependía de estos, sino que no era necesario que siempre el tutelante fuera un sujeto de especial protección, por lo que el derecho a la salud, debía ser considerado fundamental en sí mismo.

De acuerdo a lo anterior, y gracias al avance de la jurisprudencia, fue en la sentencia C- 313 de 2014 (24), donde se reconoció la fundamentalidad autónoma del derecho

a la salud en Colombia, seguidamente ratificado por la Sentencia T- 361/14, donde se establece que: *“El derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados”*. Bajo este precepto, es de anotar que el derecho a la salud tiene una doble connotación, al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público. Por lo que se asume que la salud tiene dos facetas distintas que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible. (9)

7. Metodología

7.1.Tipo de estudio

Exploratorio descriptivo de revisión documental sobre los fallos de tutela en salud emitidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y de dicho universo se sacó la muestra que son aquellos fallos en el área de la salud, realizando su respectiva caracterización, durante los años 2016 al 2018

7.2.Población y muestra

Para la realización de la presente investigación primeros se estableció cuantos eran todos los fallos de tutela que habían sido fallados por el Tribunal Contencioso

Administrativo del Valle entre los años 2016 a 2018 y de dicho universo se escogieron aquellos relacionados con los temas de Salud y que cumplieran con los criterios de inclusión, lo cual dio como resultado una población de 168 fallos de tutela. Teniendo en cuenta un nivel de confianza del 95% y un margen de error del 5% se obtuvo que la muestra corresponde a un total de 118 fallos de tutela.

7.2.1. Criterios de inclusión

En la realización del trabajo de investigación se tuvieron en cuenta los siguientes criterios de inclusión: solo se analizó el documento final denominado sentencia, dentro de la Acción de tutela en el área de la Salud, dictados por los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle entre los años comprendidos del año 2016 al año 2018, en primera instancia, ya que el presente trabajo de grado no solo tiene como finalidad realizar la caracterización de las sentencias de Acciones de Tutela y determinar si el contenido de dichos pronunciamientos judiciales obedecen a aspectos de Judicialización o Justicialización, sino también el rendir un informe por parte del Presidente del Tribunal Contencioso Administrativo para el período que él mismo determinó, en el área de la salud, por ser un tema de especial preponderancia no solo para la presidencia de dicha corporación, sino para el área de la Administración en Salud.

7.2.2. Criterios de exclusión

Se excluyeron aquellos pronunciamientos judiciales que si bien es cierto involucran a instituciones que hacen parte del sistema de salud, no están encaminadas a la protección del derecho a la Seguridad Social en su ámbito de la salud, es así como no se tuvieron en cuenta todas aquellas reclamaciones relacionadas con prestaciones económicas tales como, salarios, prestaciones sociales o incapacidades, ya que el trabajo de investigación se centró solo en las prestaciones asistenciales, finalmente no se incluyeron los fallos de segunda instancia ya que por

las exigencias legales, en los fallos de segunda instancia no se pueden analizar todos los aspectos relacionados con la situación del paciente, sino solo aquellos que hayan sido mencionados en el escrito de impugnación.

7.3. Variables

Variable	Operacionalización	Escala de medición	Tipo de pregunta
Identificación de los accionantes	Según los datos de la demanda se identificará el género,	Nominal	F/M
Nombre de la institución	Nombre de la institución según registro legal.	Nominal	
Tipo de institución o persona demandada	EAPB / I.P.S./ Prestador	Nominal	E.P.S. I.P.S. Prestador
Número de identificación del proceso.	Numero de dígitos asignados por la rama judicial al momento de presentación de la acción de tutela	Nominal	Número
Servicio negado	En la acción de tutela se menciona que es lo que se está negando	Nominal	
Enfermedad	Según la manifestación realizada en los hechos de la tutela	Nominal	Según manifestación del accionante
Argumento científico	Para la toma de decisión se requiere o no de argumentos científicos	Nominal	SI / NO
Respuestas de los accionados	Se dio una respuesta por parte de la entidad accionada	Nominal	SI / NO
Idoneidad de la Respuesta	La respuesta dada es acorde con lo solicitado	Nominal	SI / NO

7.4. Recolección de información

Para la recopilación de la información se acudió a cada uno de los despachos de los magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Valle, con la finalidad de revisar los archivos físicos o digitales de las sentencias, identificando cuales de ellas corresponden a fallos de tutela; una vez identificados los diferentes pronunciamientos judiciales en Acciones de Tutela se seleccionarán aquellos que tienen una relación directa con prestaciones asistenciales.

Una vez se recopilaron todas las sentencias de los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta las variables que previamente se establecieron en este documento, se procedió al correspondiente análisis, para lo cual se elaboró una matriz en Excel con descriptores comunes que permitieron agrupar la información para su posterior análisis.

7.5. Plan de análisis

Teniendo en cuenta que el presente trabajo de grado, se trata de una monografía de investigación, el análisis se inició con un marco conceptual y legal que sirvió como punto de partida para luego así proceder a un análisis conforme la información que se encontró en los pronunciamientos judiciales emitidos por los magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle y así poder establecer si la función que están desarrollando estos administradores de justicia realmente se ajusta al fin para lo cual fue creada la acción de tutela o ha tomado un rumbo diferente.

Para poder identificar realmente cual, y como es la función que vienen realizando los magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo, se hizo la construcción de una base de datos en Excel, respecto de la cual se hizo el análisis desde la observación, correlacionando lo encontrado con lo que normativamente, y académicamente se ha estudiado y publicado sobre este tema.

7.6. Consideraciones éticas

Este trabajo de investigación se realizó por un profesional del derecho quien se basó de manera exclusiva en documentos, lo cual significa que no se realizará una intervención en seres humanos o el manejo de información confidencial. El objeto de investigación son las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, documentación que usualmente se encuentra disponible en la relatoría de la corporación, haciéndola accesible al público en general sin requerirse autorización alguna para su consulta. Lo anterior hace que esta investigación sea considerada como de riesgo bajo.

Para el desarrollo de la investigación solo es necesario contar con la autorización del presidente del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, la cual fue obtenía.

Es importante destacar que la presidencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle tiene un especial interés en los resultados de esta investigación, siendo esta la razón por la cual se entabló una conversación previa con la coordinación de la Maestría, para que se llevara a cabo la caracterización de las sentencias en acciones de tutela en Salud, de cada uno de los Magistrados.

Adicional al carácter público que tienen los documentos que fueron utilizados para la realización de la caracterización en la investigación, se destaca el hecho de que, para el análisis de la información y presentación de los resultados, no se requirió publicar la identidad de aquellas personas que interpusieron las acciones de tutela, es decir que, aunque no existe una reserva legal respecto a esta información, existió un total anonimato de quienes hicieron uso del mecanismo de protección.

8. Análisis de Resultados

8.1. Caracterización de los factores en salud que conllevan a interponer la acción de Tutela, 2016-2018

Según los informes presentados por la defensoría del pueblo, tanto para año 2017 y 2018, los departamentos con el mayor índice de Acciones de tutela por departamento son: Antioquia, Bogotá y Valle del Cauca (25)

Tabla 1. Registro de Tutelas en Colombia, discriminada por departamentos 2017-2018

Departamento	2017	Columna1	2018	Columna2
	No. Tutelas	Part. %	No. Tutelas	Part. %
Antioquia	136.012	22,39	129.467	21,32
Bogotá D.C.	100.343	16,52	106.686	17,57
Valle del Cauca	56.722	9,34	60.969	10,04
Santander	29.256	4,82	30.857	5,08
Norte de Santander	27.357	4,5	26.162	4,31
Atlántico	21.369	3,52	20.256	3,34
Bolívar	17.671	2,91	19.394	3,19

Caldas	20.777	3,42	18.890	3,11
Risaralda	18.499	3,05	18.712	3,08
Tolima	19.254	3,17	17.564	2,89
Meta	15.867	2,61	14.941	2,46
Cundinamarca	11.793	1,94	14.055	2,31
Cesar	12.242	2,02	13.796	2,27
Huila	14.650	2,41	13.595	2,24
Caquetá	16.210	2,67	13.476	2,22
Córdoba	11.878	1,96	12.181	2,01
Magdalena	11.386	1,87	11.210	1,85
Cauca	11.643	1,92	10.969	1,81
Boyacá	10.661	1,75	10.914	1,8
Nariño	9.757	1,61	10.445	1,72
Quindío	9.522	1,57	8.369	1,38
Putumayo	5.362	0,88	6.117	1,01
Sucre	5.786	0,95	3.805	0,63

Arauca	2.520	0,41	3.294	0,54
Casanare	2.966	0,49	3.060	0,5
La Guajira	3.326	0,55	2.990	0,49
Chocó	2.246	0,37	2.492	0,41
San Andrés	949	0,16	854	0,14
Amazonas	455	0,07	523	0,09
Guaviare	338	0,06	510	0,08
Guainía	239	0,04	350	0,06
Vichada	217	0,04	233	0,04
Vaupés	226	0,04	172	0,03

*Fuente: Corte Constitucional
Cálculos: Defensoría del Pueblo*

Para el año 2016, los departamentos con el mayor índice de tutelas en salud son: Antioquia (37.907), Bogotá (17.872) y Valle del Cauca (17.868). Para el año 2017, los departamentos con el mayor número de acciones de tutela en salud son: Antioquia con (41.657), Valle del cauca (20.952), y Bogotá (16.056). Para el año 2018, el orden es: Antioquia (48.954), Valle del Cauca (23.521) y Bogotá (14.850). (26)

La Defensoría del Pueblo, como uno de los estamentos que tiene uno de los informes más completos sobre las acciones de tutela en Colombia, mostró como

para el periodo 2017 – 2018, el derecho a la salud fue el segundo derecho más invocado, como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 2. Derechos invocados en las tutelas (período 2017-2018)

Derechos invocados	2017		2018		Variación %
	N.º de tutelas	Part. en tutelas %	N.º de tutelas	Part. en tutelas %	
Petición	254.797	41,94	232.974	38,36	-8,56
Salud	197.655	32,54	207.734	34,21	5,10
Debido proceso	62.268	10,25	69.544	11,45	11,68
Mínimo vital	37.178	6,12	40.909	6,74	10,04
Ayuda humanitaria	38.957	6,41	25.322	4,17	-35,00
Seguridad social	15.388	2,53	19.886	3,27	29,23
Vida	12.130	2,00	17.565	2,89	44,81
Estabilidad laboral reforzada	9.020	1,48	10.749	1,77	19,17
Trabajo	5.673	0,93	6.990	1,15	23,22
Acceso a la administración de justicia	6.628	1,09	5.501	0,91	-17,00
Reparación a población víctima de desplazamiento	3.599	0,59	5.434	0,89	50,99
Educación	4.820	0,79	5.359	0,88	11,18
Habeas data	3.134	0,52	4.709	0,78	50,26
Igualdad	2.669	0,44	3.902	0,64	46,20
Vivienda digna	3.080	0,51	3.536	0,58	14,81
Reconocimiento de persona en condición de desplazamiento mediante el RUV	2.076	0,34	2.918	0,48	40,56
Familia	1.220	0,20	1.482	0,24	21,48
Buen nombre	742	0,12	1.347	0,22	81,54
Libertad	1.033	0,17	1.328	0,22	28,56
Dignidad humana	1.413	0,23	1.241	0,20	-12,17
Personalidad jurídica	1.353	0,22	1.126	0,19	-16,78
Agua potable	814	0,13	1.041	0,17	27,89
Otros (menos de 1.000 tutelas)	4.491	0,74	6.367	1,05	41,77

Nota: En una tutela puede invocarse más de un derecho

Fuente: Corte Constitucional

Cálculos: Defensoría del Pueblo

Contenidos más frecuentes en las tutelas de salud en general

Las distintas solicitudes de los ciudadanos incluidas en las tutelas que invocaron el derecho a la salud, independientemente del demandado, fueron clasificadas en doce contenidos: (i) servicios médicos, con siete (7) solicitudes medicas: tratamientos, medicamentos, citas médicas especializadas, procedimientos

quirúrgicos, prótesis, órtesis e insumos médicos, procedimientos diagnósticos y exámenes diagnósticos; (ii) nuevos grupos: productos nutricionales y exclusiones; (iii) grupos adicionales: uno en el que la solicitud tenía relación de alguna forma con la atención en salud sin ser un servicio específico de salud (transporte, viáticos, afiliaciones, servicio de ambulancia, etc.) y otro, con aquellas peticiones que nada tenían que ver con servicios de salud, pero que los usuarios consideraban que su derecho estaba presuntamente vulnerado (servicios públicos, ruidos, entre otros.); y (iv) un grupo donde solo se incluyen los pañales.

En cuarto lugar y participando con el 11,2 por ciento del total, se ubicaron las solicitudes relacionadas con salud: transporte, viáticos, servicio de ambulancias, problemas de afiliación y traslados de EPS, con un crecimiento del 11,7 por ciento; le siguieron las solicitudes para procedimientos quirúrgicos, procedimientos diagnósticos, exámenes diagnósticos y prótesis, órtesis e insumos médicos.

Las solicitudes de las tutelas por tratamiento buscan la prestación del servicio de manera integral y oportuna, ya que, ante la negación, demora o entrega parcial de servicios en salud, el usuario considera la necesidad de interponer la tutela que garantice todo lo que su médico tratante le ordene, para no acudir nuevamente a este mecanismo de protección.

Solicitudes más frecuentes en las tutelas de salud (periodo 2016-2018)

En todos los sistemas de salud, las solicitudes más frecuentes fueron por tratamientos, medicamentos y citas médicas especializadas. En el 2016, el 69,70% de los servicios de salud que se negaron, se encuentran incluidos en el POS, cifra que aumentó con relación al 2015, en un 5,7%. Es de aclarar que las solicitudes

POS son aquellas que están incluidas en la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y que las EPS deberían suministrar obligatoriamente sin ninguna dilación, un indicador de negación de derechos que impone la intervención oportuna de la Superintendencia de Salud. (Ibidem)

Tabla 3. Solicitudes más frecuentes en las tutelas de salud (2016-2018)

SOLICITUDES EPS PAB			
Solicitudes	2016	2017	2018
	Parti. %	Parti. %	Parti. %
Procedimientos	4.1	21.43	24.93
Medicamentos	54.9	21.61%	16.33
Citas Med. Especializadas	6.7	13.43	14.97
Otras relacionadas con el sistema	-	10.85	11.20
Procedimientos quirúrgicos	8.0	9.20	9.16
Exámenes de Laboratorio	12.2	4.46	4.48
Prótesis, órtesis e insumos médicos	8.1	5.15	4.42
Tratamientos	3.9	21.43	24.93
Imágenes diagnósticas	2.1	4.46	4.48

Construcción: propia

Fuente: Corte Constitucional

Calculo: Defensoría del Pueblo

8.2. Identificación de los factores que hacen que el pronunciamiento judicial en una acción de tutela sea un tema de Judicialización o Justicialización, 2016-2018.

Los administradores de justicia al momento de ejercer su función de tomar una decisión de fondo en un asunto que han puesto en su conocimiento deben agotar ciertas etapas, procedimiento que dependerá de la acción que se esté incoando.

De lo anterior es posible deducir que, durante el proceso, las partes tienen tanto derechos como obligaciones, en cumplimiento de principios generales del derecho como son el debido proceso y el derecho a la defensa.

Teniendo la estructura de los fallos de las acciones de tutela en salud, se puede determinar que la función del juez es:

- ✓ Analizar los hechos manifestados por las partes, la cual para el caso materia de esta investigación, se da en el escrito de la tutela y en la respuesta que se da en la misma por parte de la entidad accionada.
- ✓ Analizar las pruebas que son presentadas por cada una de las partes, con la finalidad de establecer si las manifestaciones realizadas son fundadas o no.
- ✓ Tomar una decisión.

Cuando las partes no cumplen con su función dentro del trámite de una acción de tutela, y en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales, el juez se ve obligado a tomar acciones adicionales que no están dentro de su rol normal, y dependiendo de la clase de actuación que debe desplegar para poder tomar la decisión final, su decisión final puede ser clasificada como un tema de justicialización o de judicialización.

Justicialización

La Justicialización de la salud, entendida como la protección judicial del derecho fundamental a la Salud, para el caso que está bajo estudio, no solo es reconocido en Colombia sino también en el mundo desde tiempo atrás.

El origen de la seguridad social en el mundo es posible encontrarla en Inglaterra a mediados del siglo XVIII, es así como la primera legislación en la materia data de 1601 en Inglaterra, en donde se impuso el primer impuesto obligatorio para asistir a los más necesitados. Posteriormente en Francia se expidió una reglamentación denominada “Reglamento Colbert”, en honor al ministro de finanzas de Luis XIV; dicho reglamento estableció un descuento automático del salario de los trabajadores, especialmente de los que ejercían profesiones peligrosas o de riesgos, obreros de puentes, y calzadas, cazadores, conductores, jardineros, mensajeros, cobradores de impuestos, leñadores y cocineros, para garantizar sus gastos de atención en caso de accidente o para cubrir su hospitalización. (10)

“Con el advenimiento revolucionario, los derechos individuales hacen su aparición en Europa, estableciendo leyes parlamentarias que promulgan por primera vez en 1793 reglamentaciones más completas en materia de salud y pensiones. Un ejemplo de esto lo constituye el primer proyecto de pensiones que garantiza la atención de supervivencia de las personas sin capacidad de pago como aquellas lesionadas o mutiladas sin acceso al empleo. Mucho más tarde en Alemania, a finales del siglo XIX, el canciller Bismarck adoptó el concepto de *Versicherung*, el cual se acoge como un contrato de seguro que contiene derechos y obligaciones recíprocas entre el empleador y el empleado, encaminadas a garantizar la protección obligatoria del trabajador y su núcleo familiar. Con esto se acuña la expresión, hoy válida en el mundo entero, del “seguro social” como sistema solidario y obligatorio de aportes, entre el empleador y el empleado, con garantía de sostenibilidad de parte del Estado, el cual se extiende no solamente a los riesgos

de accidentes y muerte sino también al de enfermedades y pensiones, en Inglaterra en 1897 y en Francia en 1898. Hacia los años treinta, los movimientos obreros ingleses realizan reivindicaciones más generales de protección social abriendo paso a la idea de un Estado nuevo, denominado “Estado social de derecho”, término jurídico acuñado después políticamente por el político Louis Blanc en Francia como el “Estado de derecho democrático y social”. Esta protección encuentra su consolidación más moderna en el concepto de Estado social de derecho en la época de la posguerra de los años cincuenta en Europa, especialmente en aquellos países que quedaron devastados por un enfrentamiento bélico de proporciones mundiales: Francia, Inglaterra y Alemania.” Para América el sistema llegó en 1924 en Chile, 1935 a Estados Unidos, 1936 a Perú y para el caso de Colombia llegó en 1936.

Lo anterior muestra un desarrollo importante en materia de asistencia social en el mundo, en el cual el Estado asume un rol de asistente social y es incluido en el ordenamiento jurídico como un deber frente a la Declaración de Derechos aceptados de manera progresiva por los Estados Liberales. (Ibidem)

La salud aparece solamente como un derecho en 1946 en el Preámbulo de la Constitución francesa, según la cual, “La Nación asegura a todos, principalmente a los niños, a las madres y a los trabajadores, la protección de la salud”. En Portugal se establece en el artículo 64.1 que “Todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla”. De igual manera en España, el artículo 43 de la Constitución de 1978 establece que “se reconoce a la protección de la salud”. (Ibidem)

La Justicialización de la salud en Colombia, como se conoce en la actualidad, se concretó con la Constitución Política de 1991, en el artículo 49, al establecerla como un derecho y un servicio social; la característica que hacen que dicho derecho sea esencial son: irrenunciable, universal y prioritario, el cual es dirigido, coordinado, controlado y vigilado por el Estado. Concomitantemente con la consagración del

derecho a la salud como un derecho fundamental se creó el mecanismo para su protección: La Acción de Tutela. (Ibidem)

“La justicia colombiana ha definido el derecho a la salud: “como la facultad orgánica funcional tanto física como mental y de restablecer cuando se presente una perturbación en su estabilidad orgánica y funcional, facultad que tiene todo ser humano por el solo hecho de existir” (27). Lo anterior se ha fundamentado categóricamente desde 1994 como un derecho fundamental, el cual se expresa como “El derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana desde la concepción hasta la muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales y poner todos los medios ordinarios para la prevención de enfermedades así como para la recuperación [...]” (28). En tal sentido, los mecanismos de protección de estos derechos, como la acción de tutela, se podrían ejercer en todos los casos en que se vulnere o se ponga en peligro su ejercicio.” (Ibidem)

De lo anterior se concluye que cuando el juez brinda la protección excepcional a un derecho fundamental por medio de la sentencia en una acción de tutela, su decisión está enmarcada dentro de los aspectos de la judicialización.

Judicialización

Durante el 2018 la situación de la salud en Colombia sigue presentando problemas que impiden la materialización del derecho fundamental a la salud. Es así como aún persisten las amenazas y vulneraciones a los derechos de los ciudadanos que acceden a los servicios de salud, la falta de capacidad resolutoria de los diferentes actores, la no garantía de los beneficios contemplados en el Plan de Beneficios de Salud (PBS), la falta de oportunidad en la atención, entre otros. Estos problemas se

reflejan en el número de quejas y tutelas que a diario se presentan en el país por la vulneración del derecho a la salud. (25)

Sin embargo, sigue sin atacarse de fondo el problema actual, que más del 65% de las tutelas interpuestas anualmente se refieren al Sistema de Seguridad Social, de las cuales, 70% aproximadamente tienen que ver con salud y de ellas un gran número es sobre derechos que ya tienen reconocidos los usuarios. Las estadísticas más recientes (al año 2019) tienen establecido que en el país se interponen más de 3.000 tutelas cada mes, es decir unas 172 tutelas diarias, lo que se convierte en 22 tutelas por hora; es decir 2,7 tutelas por minuto en materia de salud (4 o 5 en todas las áreas).

Las tutelas en salud se conceden en un 60%, que en buen número afectan al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) del Ministerio de Protección Social. De estas, cerca de un 30% se interponen para reclamar servicios de salud cubiertos por el POS, 60% por fuera del POS y 10% tienen que ver con demandas que estaban por fuera de las cotizaciones mínimas exigidas para la atención.

En el 2016, el 69,70% de los servicios de salud que se negaron, se encuentran incluidos en el POS, cifra que aumentó con relación al 2015, en un 5,7%. Es de aclarar que las solicitudes POS son aquellas que están incluidas en la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y que las EPS deberían suministrar obligatoriamente sin ninguna dilación, un indicador de negación de derechos que impone la intervención oportuna de la Superintendencia de Salud. (26)

De lo anterior se desprende que la Judicialización de una sentencia se evidencia en aquellos fallos en los cuales se protege el derecho fundamental que ya tiene una garantía legal, ante lo cual no debería haberse tenido que recurrir a la acción de tutela para hacer efectiva su protección o cumplimiento; con lo anterior se quiere significar que la judicialización está presente en los fallos judiciales de las acciones

de tutela, cuando el administrador de justicia se ve obligado a ejercer una función diferente a la que inicialmente le fue asignada, tal como: ordenar el reconocimiento de un derecho que se encuentra en el plan de beneficios o cuando debe desplegar una actuación que debió ser desplegada por alguno de los actores del sistema.

8.3.Relación de la interacción que tienen los factores de justicialización y judicialización y las sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018

Las sentencias emitidas por los administradores de justicia cuentan con características que permiten identificar cada una de las etapas agotadas durante el procedimiento judicial, tales como: cuáles son las causas que motivaron la demanda, las respuestas obtenidas y finalmente cuales son los argumentos que requieren ser tenidos en cuenta para tomar una decisión de fondo, lo cual no solo se evidencia en una demanda ordinaria sino también para las acciones de tutelas en el área de la salud.

En cuanto a los circunstancias o motivos que dieron origen a las acciones de tutela en salud para los años 2016 a 2018, en el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, se pudieron identificar los siguientes:

Tabla 4. Motivos que dieron origen a las acciones de tutela Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, 2016-2018

Solitudes	Parti. %
Autorización de citas	15.34
Medicamentos	16,52
Procedimiento quirúrgico	34.22
Exámenes	33.04

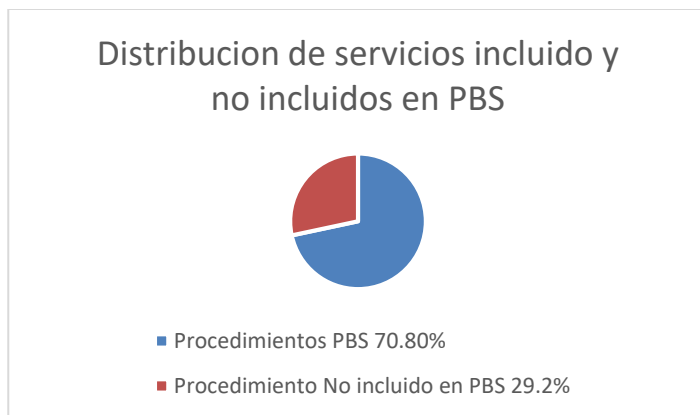
Insumos	14.16
Terapias	15.34
Otros	4.42

*Fuente: Fallos Tribunal Contencioso Administrativo del Valle
Cálculos: Propios*

De los fallos estudiados se pudo identificar que, entre los motivos asistenciales, que dieron origen al pronunciamiento judicial de fondo, el 66.08% incluían solo una solicitud, como cirugía, tratamiento, entrega de medicamento o cita médica.

En la gráfica que se presenta a continuación se muestra la distribución de los hallazgos encontrados en las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, en cuanto a las solicitudes que estaban incluidas o no en el Plan Básico de Salud, durante los años 2016 a 2018.

Gráfica 1. Distribución de los servicios incluidos y no incluidos en el PBS del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018



*Fuente: Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle 2016-2018
Cálculos: propios*

La grafica anterior muestra como en el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, para el periodo 2016 al 2018, en cuanto a los aspectos relacionados con los servicios que se encuentran incluidos en Plan Básico en Salud, si bien es cierto que en alguna medida se cumplió con el objetivo de la acción de tutela, como

mecanismo excepcional para la protección de derechos fundamentales como es el de la salud, en aquellos casos en los cuales lo solicitado no se encontraba en el PBS, lo cual corresponde a la judicialización del derecho, es preocupante el alto porcentaje de los casos en los cuales se protegieron derechos que contaban con un amparo legal, lo cual es propio de la judicialización.

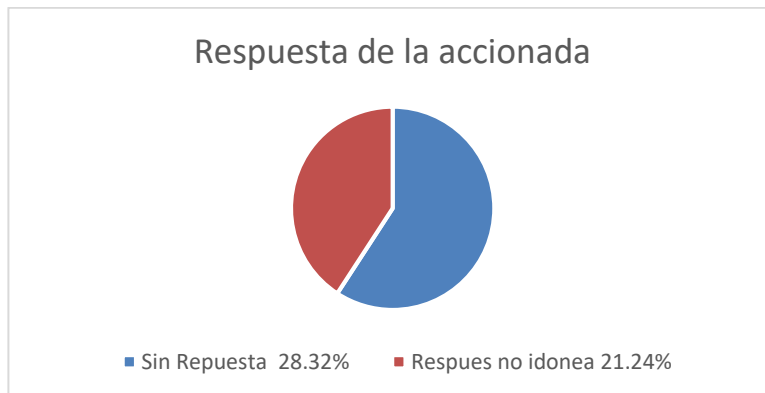
Entre los aspectos que fueron encontrados en aquellos casos en los cuales se accedió a la protección del derecho, y que hacen parte del PBS se encuentran:

- ✓ Autorización de citas médicas con médicos especialistas
- ✓ Orden de entrega de medicamentos
- ✓ Orden de realización de terapias incluidas en el PBS
- ✓ Orden de práctica de cirugías
- ✓ Autorización de exámenes

Un aspecto de vital importancia a tener en cuenta al momento de emitirse el pronunciamiento judicial, es la información que se requiere para decidir de fondo la solicitud presentada; para ello es importante conocer no solo las manifestaciones de quien está realizando la solicitud, es decir el accionante, sino también de la entidad accionada; ya que como en todo proceso judicial es importante conocer las dos versiones, para tomar una decisión lo más ajustado no solo a la verdad sino acorde con los lineamientos legales.

De total de los casos estudiados, se encontró que del total de las acciones de tutela, el 49.56% se encontró que en el 28.32% de las acciones tramitadas, el administrador de justicia no contó con una respuesta por parte de la entidad o entidades accionadas; el 21.24% de las respuestas dadas, no eran idóneas, es decir que no daban una respuesta acorde con lo solicitado, lo cual incluye la falta de justificación científica, explicación de la omisión de respuesta o negación de la solicitud; tal y como se muestra en la gráfica siguiente:

Gráfica 2. Análisis de la respuesta de la entidad accionada, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, 2016-2018



*Fuente: Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle 2016-2018
Cálculos: propios*

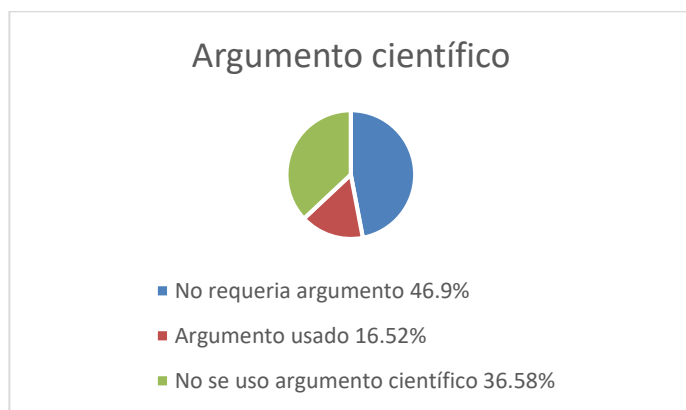
En el ejercicio de la administración de justicia, el juez debe procurar obtener la versión de las dos partes involucradas en las diferentes acciones judiciales, pero para el caso de las acciones de tutela, cuando el accionado guarda silencio respecto a los hechos manifestado por el accionante, la norma lo faculta a dar por ciertas las manifestaciones del accionante, ejercicio que se constituye en un tema justicialización.

La acción de tutela como cualquier otra acción judicial tiene unas características propias y unos requerimientos especiales, pero a diferencia del resto de las demandas, por tener la acción de tutela un trámite sumario, el juez no cuenta con el tiempo necesario para poder desarrollar todo un periodo probatorio que le permita apoyarse en los auxiliares de la justicia para resolver los casos propuestos. En cuanto al caso particular de las acciones de tutela en salud, en muchos de los casos se requiere de conocimiento médico - científico para poder tomar una decisión una decisión de fondo.

Para el caso del Tribunal Contencioso administrativo para los años 2016 al 2018, el 53.10% de los casos estudiados, requerían del apoyo de un argumento científico para poder tomar una decisión. De dicho porcentaje en el 16.52% presentó

argumentos científicos para dar respuesta y el 36.58% aunque dio respuesta a la acción de tutela no uso argumento científico alguno para justificar su respuesta o actuación, es decir que el juez tuvo que recurrir a ayudas, consideradas como autodidactas para entender aquellos aspectos del orden científico para poder entender que se está solicitando y el porqué de dicha solicitud y así tomar una decisión.

Gráfica 3. Análisis de los argumentos científicos necesarios en las acciones de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, 2016-2018.



*Fuente: Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle 2016-2018
Cálculos: propios*

Los resultados encontrados, evidencian la importancia de los argumentos científicos en las acciones de tutela, ya que, en muchos de los casos, hacen una parte integral del análisis que se debe realizar para tomar una decisión final. La conducta omisiva por parte de las Entidades Administradoras del Plan Básico de Salud no solo constituye un incumplimiento a sus obligaciones legales, sino que entorpece el trámite de la acción de tutela, viéndose el juez obligado a recurrir a fuentes de información que no están en el campo del derecho, con la finalidad de poder contar con conceptos científicos que le permitan tomar una decisión de fondo.

Es de anotar que en tratándose de acciones de tutela en el área de la salud, tanto las EAPS, como las IPS, que son las entidades directamente involucradas, cuentan

con los recursos no solo necesarios, sino suficientes para aportar a cada una de las acciones los argumentos científicos necesarios, lo cual no se está realizando.

9. Recomendaciones

- Compartir con los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo los hallazgos con la finalidad de documentar un fenómeno de la Judicialización ya identificado.
- Por intermedio de la Secretaria de Salud Departamental del Valle, realizar mesas de trabajo con los actores del sistema, con la finalidad de que concientizarlos respecto al impacto que tienen el no cumplimiento de sus obligaciones legales, tanto en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones legales, como en la no colaboración con las autoridades judiciales.
- Compulsar copias a la Superintendencia Nacional de Salud, con la finalidad de que se inicien investigaciones administrativas, contra aquellas Entidad Administradores del Plan de Beneficios o IPS, por incumplimiento de sus obligaciones.
- Establecer un convenio interinstitucional de índole académico, con las universidades que tienen programas de postgrado en medicina, buscando que los programas de formación incluyan apoyo al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, en los aspectos técnico-científicos de las acciones de tutela del área de la salud.
- Contratar a un médico, así como se ha contratado a otros profesionales de otras áreas, para que preste un apoyo técnico científico en las acciones de tutela relacionadas con el área de la salud.

10. Conclusiones

1. Es importante las propuestas que surgen de los análisis de las acciones de tutela en el Valle del Cauca por encontrarse entre el 2 o 3 lugar de los departamentos con más acciones de tutela en el país.

Proponer acciones de mejora en los temas relacionas con la prestación del servicio en el área de la salud, genera un gran impacto en la administración de justicia por ser la segunda causa más invocada en las acciones de tutela.

2. La decisión final en una acción de tutela en temas de salud de los administradores de justicia puede dividirse en dos aspectos: la justicialización y la judicialización.

La justicialización es la finalidad para la cual fue creada la acción de tutela: mecanismo excepcional para la protección de un derecho fundamental.

La judicialización es el despliegue de actividades o toma de decisiones que no corresponden al rol propio del juez y que conlleva a que el juez realice funciones de otros actores del sistema

3. Los fallos del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca muestran como existen importantes aspectos en los cuales es más alta la característica de la judicialización que la justicialización, lo cual va en contra del deber ser, ya que ello conlleva un cambio radical en el objeto para el cual fue creado el mecanismo excepcional de la acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales.

Las propuestas que se planteen en pro de la disminución del fenómeno de la judicialización en los fallos de tutela en el área de la salud puede ser usado en toda Colombia ya que, los resultados encontrados no son únicos del Valle sino del país.

Trabajar en beneficio de la acción de tutela en el tema de la salud representa un beneficio tanto para la administración de justicia, es decir para la rama judicial, como para el sistema de salud. En cuanto a la administración de Justicia el beneficio se ve representado en la disminución de las acciones de tutela que deben ser tramitadas, lo cual implica que los administradores de Justicia no van a tener que anteponer la decisión de una acción de tutela al trámite de los demás procesos que son de su conocimiento, factor que a veces ha desencadenado el hecho de que se presente una congestión judicial en el trámite de las acciones regulares ya que por ser la acción de tutela un trámite preferente se deben resolver primero éstas antes que los procesos que hayan sido iniciados con antelación.

En cuanto al sistema de salud, el beneficio se ve representado en la disminución del tiempo de atención de los pacientes, ya que, tramitarse a tiempo las solicitudes de los mismos van a recibir la atención requerida en un menor tiempo, lo cual puede representar una mejoría en las condiciones de salud, teniendo en cuenta que al resolverse las solicitudes una vez son ordenadas por los médicos tratantes se pueden prevenir algunas enfermedades o disminuir los efectos negativos de las mismas, es posible afirmar lo anterior si se tiene en cuenta que en muchos de los casos transcurren meses desde el momento en que el médico tratante da una orden y el momento en que efectivamente la misma es ejecutada, lo cual, en tratándose de temas de salud es un aspecto de vital importancia por lo progresivo que usualmente suelen ser las enfermedades, así mismo podría deducirse que, atender de manera oportuna los requerimientos de los pacientes quizá refleje una merma en los gastos en salud ya que una atención oportuna representa una mejoría en menor tiempo y una disminución de los efectos de la enfermedad al transcurrir el

tiempo. Este impacto económico sería interesante que fuera objeto de estudio en un trabajo de investigación.

Anexos

Formato para elaboración base de datos

IDENTIF.	NUM.	CIUDAD DE ORIGEN	FECHA DECISION (año)	RADICADO	ACTE. (sexo)	ACCIONADOS.	ACTORES	CAUSA DE LA TUTELA	INCLUIDO EN PLAN DE BENEFICIOS	ESPECIALIDAD	SERVICIO	RESPUESTA DDO	Argumento científico	DECISION DE PRIMERA
Física	1	CALI	2017	2017-01773	F	POLICLINICA	IPS	NO DISPONIBILIDAD DE CITA	SI	ODONTOPEDIA TRA	CONSULTA EXTERNA	YA TIENE CITA	NO	ACCEDER
	2	CALI	2017	2017-01737	M	SANIDAD EJERCITO NAL	EPS	MEDICAMENTO	NO	ENDOCRINOLOGI	CONSULTA EXTERNA	NINGUNA	SI - NO USADO	ACCEDER
Física	3	CALI	2017	2017-01722	F	SANIDAD POLICIA	EPS	AUTORIZACION CITA	SI	ORTOPEDIA	CONSULTA EXTERNA	NO SE HA AGENDADO	NO	HECHO SUPERADO
	4	CALI	2017	2016-01913	M	SANIDAD EJERCITO NAL	EPS	AUTORIZACION CX	SI	CIRUGIA	CONSULTA EXTERNA	NINGUNA	SI - NO USADO	ACCEDER
Física	5	POPAYAN	2017	2017-00054	M	DIRECC POLICIA - POLICIA METROPOLITANA	EPS	REACTIVAR SERVICIO	NA	NA	NA	NINGUNA	NO	ACCEDER
Física	6	CALI	2017	2017-00756	M	SANIDAD POLICIA	EPS	ENTREGA INSUMOS - TRASLADOS AMBULANCIA	NO	NEUROLOGIA	CONSULTA EXTERNA	NO SE RADICO ORDEN - AUTORIZA TRANSPORTE PÚBLICO	SI - USADO	ACCEDER
Física	7	CALI	2017	2017-01270	M	SANIDAD EJERCITO NAL - HOSPITAL MILITAR	EPS - IPS	AUTORIZACIONES TERAPIAS - ENTREGA DE INSUMOS Y MEDICAMENTOS	NO	NEUROLOGIA	CONSULTA EXTERNA	NO POS	SI - NO USADO	ACCEDER
Física	8	CALI	2017	2017-01093	M	DIRECCION SANIDAD POLICIA	EPS	AFILIACION NIETO	NA	NA	NA	NO CONTEMPLADO EN LA LEY	NO	ACCEDER
Física	9	CALI	2017	2017-01058	F	HOSPITAL MILITAR - DIRECCION GRAL DE SANIDAD Y DIRECCION SANIDAD EJERCITO NAL	EPS - IPS	AUTORIZACION EXAMENES	SI	MEDICINA INTERNA	CONSULTA EXTERNA	NINGUNA	SI - NO USADO	ACCEDER
Física	10	CALI	2016	2016-00819	F	MIN DEFENSA - DIRECCION SANIDAD POLICIA - CLINICA REY DAVID	EPS - IPS	AUTORIZACION CX - TRANSPORTE - ATENCION INTEGRAL	SI	ORTOPEDIA- OFTALMOLOGIA	CONSULTA EXTERNA	SE HA SUMINISTRADO TODO - SE ESTA COTIZANDO MATERIALES	SI - USADO	ACCEDER PARACIALMENTE
Física	11	CALI	2016	2016-01026	F	DIRECCION SANIDAD EJERCITO	EPS	AUTORIZACION EXAMENES	SI	ONCOLOGIA	CONSULTA EXTERNA	NINGUNA	SI - NO USADO	ACCEDER - INTEGRAL
Física	12	CALI	2016	2016-01167	M	MIN DEFENSA - DIRECCION SANIDAD POLICIA	EPS	AUTORIZACION CX - EXAMENES	SI	OFTALMOLOGIA- CARDIOLOGIA- GENETICZ	CONSULTA EXTERNA	NO TIENE CONVENIDO	NO	ACCEDER - INTEGRAL

Bibliografía

1. Neiva Pd. Personería de Neiva. [Online].; 2015 [cited 2020 Enero 20]. Available from: <http://www.personerianeiva.gov.co/index.php/mecanismos-constitucionales-para-la-proteccion-de-los-derechos-humanos>.
2. Rodriguez CAC. Acción de Tutela en Salud: Origen, Evolución Jurisprudencial y alternativas a su interposición Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada; 2014.
3. Social MdSyP. La Tutela en Salud. Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social; 2016.
4. Defensoría del Pueblo. [Online].; 2019 [cited 2019 Noviembre 10]. Available from: <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/destacados/7987/Defensor-del-Pueblo-present%25C3%25B3-el-informe-anual-%25E2%2580%259CLa-tutela-y-los-derechos-a-la-salud-y-a-la-seguridad-social-2018%25E2%2580%259D-tutela-derechos-salud-Defensor%25C3%25ADa.htm>.
5. Pueblo Dd. La Tutela y los derechos a la Salud y Seguridad Social 2018. ; 2018.
6. Leiva Ramirez EJWyMQ. Los Derechos Fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo. Revista Derecho del Estado. 2018 Noviembre.
7. Echavarría JLG. Seguridad Social de la Constitucionalización a la Fundamentalidad un Camino en Constucción. In.: Sello Editorial

Corunimericana; 2018. p. 321-324.

8. Ghebreyesus TA. Organización Mundial de la Salud. [Online].; 2017 [cited 2019 Noviembre. Available from: <https://www.who.int/mediacentre/news/statements/fundamental-human-right/es/>.
9. Pretelt JDJ. El Derecho a la Salud en Colombia: Evolución y Defensa frente a un Estado que dista de ser garante. Avances en Salud. 2017 Julio - Diciembre; Vol. 1(Pag. 51 - 54).
10. Betancur CMM. La Tutela y Reforma en Salud: Desencanto de un Juez Soñador. 2013; 127 Vniversitas(157-188).
11. Silva LC. La acción de tutela en Colombia. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 2011 Enero - Junio; V(27).
12. Osuna Patiño NI. De la Naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. Revista Monitor Estrategico. 2013;; p. 7-19.
13. Pulido CB. El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007;; p. 319.
14. Carlos BP. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.
15. Enrique PLA. Los derechos fundamentales. 2007;; p. P. 21.
16. Leoón GEJ. De la naturaleza jurídica del derecho a la salud. Revista Monitor Estratégico. 2013;; p. 7-19.
17. Actualícese.com. Régimen Excepcional en Salud. [Online].; 2015 [cited 2020 Enero 23. Available from: <https://actualicese.com/regimen-excepcional-de-salud/>.

18. Caballero AM. Corte Constitucional. [Online].; 1992 [cited 2019 octubre 22]. Available from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-613-92.htm>.
19. Caballero AM. Corte Constitucional. [Online].; 1992 [cited 2019 Octubre 22]. Available from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-613-92.htm>.
20. Porto HAS. Corte Constitucional. [Online].; 2007 [cited 2019 Octubre 22]. Available from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>.
21. Porto HAS. Corte Constitucional. [Online].; 2008 [cited 2019 octubre 22]. Available from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-448-08.htm>.
22. Porto HAS. Corte Constitucional. [Online].; 2009 [cited 2019 octubre 22]. Available from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-404-09.HTM>.
23. Costitucional C. Sentencia T-760 de 2008. [Online].; 2008 [cited 2020 Enero 23]. Available from: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>.
24. Constitucional C. Sentencia C-313 de 2014. [Online].; 2014 [cited 2020 Enero 23]. Available from: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>.
25. Pueblo Dd. La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social. ; 2018.
26. Pueblo Dd. XXV Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. ; 2017.

27. Constitucional C. Corte Constitucional. [Online]. [cited 2019 Diciembre 08. Available from: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU508-01.htm>.
28. Constitucional C. Corte Constitucional. [Online]. [cited 2019 Diciembre 08. Available from: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-447-94.htm>.
29. Pais Rd. Demandas por Atención Médica en Colombia aumentaron en un 45%. El Pais.com.co. 2012 Marzo 17.
30. Fabio JVyJLD. Judicialización y acceso a tecnologías sanitarias: oportunidades y riesgos. Revista Panamericana de la Salud 41. 2017.
31. Plazas-Gómez CV&MGDM. Impacto económico de las acciones de tutela en salud en Colombia. 135 Vniversitas. 2017;; p. 325-376.
32. Alexy R. Teoria de los derchos fundamentales Madrid; 2007.
33. Castrillón AA. Costos de las tutelas en salud en Colombia 1992 a 2016. Ciencia, Tecnología e innovación en Salud. 2017; Vol. 2.