

## Sentencia T-345/12

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Debe desplegar conducta activa u omisiva para el proceder del mecanismo judicial

La parte accionada debe tener la calidad de autoridad pública (inciso 1° del artículo 86 de la Constitución y artículo 1° del Decreto 2591 de 1991) o de particular, pero en este último caso, el particular demandado debe estar en una de las siguientes situaciones contempladas en el inciso 5° del artículo 86 de la Carta y en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991: (i) que esté encargado de la prestación del servicio de educación o del servicio de salud o de cualquier otro servicio público; (ii) que el actor esté respecto de éste en una relación de subordinación o de indefensión; (iii) que actúe en ejercicio de funciones públicas; (iv) que haya dado informaciones inexactas o erróneas; (v) que amenace o viole el artículo 17 superior; (vi) o que contra él se hubiera hecho la solicitud en ejercicio del habeas data. A su vez, el sujeto pasivo de la acción debe haber amenazado o vulnerado algún derecho fundamental producto de su acción u omisión. Quiere esto significar que si no media una acción o una omisión, la acción de tutela es improcedente

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance y contenido

La atención integral en salud es una obligación ineludible de todos los entes encargados de la prestación del servicio público de salud y su reconocimiento es procedente vía tutela. A pesar de ello, la activación del aparato judicial con el fin de obtener la atención integral en salud exige, conforme al artículo 86 constitucional, que se haya concretado a priori una acción u omisión que constituya una amenaza o vulneración de algún derecho fundamental

DEBER DE GARANTIZAR EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD LIBRE DE TRAMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ENGORROSOS-Su no reconocimiento implica apartarse de prohibiciones y mandatos contenidos en la Constitución Política

Los trámites y procedimientos administrativos no pueden reflejar un obstáculo o barrera para el real acceso de los pacientes a los servicios de salud que requieren

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD SIN QUE MEDIEN TRAMITES Y PROCEDIMIENTOS

ADMINISTRATIVOS ENGORROSOS E INNECESARIOS-Ordena a EPS que facilite atención integral en salud, sin dilaciones

Referencia: expediente T-3.368.359

Acción de tutela instaurada por Lina María Gutiérrez Quesada, en representación de su hija menor de edad Ana Milena Mosquera Gutiérrez, contra EPS Servicio Occidental de Salud -SOS-.

Magistrada Ponente (E):

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Colaboró: Sebastián Lalinde Ordóñez

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil doce (2012).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado, en primera y única instancia, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia, Quindío, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011), dentro de la tutela presentada por Lina María Gutiérrez Quesada, en representación de su hija menor de edad Ana Milena Mosquera Gutiérrez, contra EPS Servicio Occidental de Salud -SOS-.

### I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Lina María Gutiérrez Quesada, obrando en representación de su hija menor de edad Ana Milena Mosquera Gutiérrez, promovió acción de tutela el nueve (09) de diciembre de dos mil once (2011) contra EPS Servicio Occidental de Salud -SOS-, con la finalidad de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, que habrían sido vulnerados como consecuencia de los siguientes:

## 1. Hechos.

1.1. La madre de la demandante aseguró que su hija tiene 8 años de edad y que fue diagnosticada con menarquia precoz, razón por la cual requiere la práctica de unos exámenes “para comprobar este diagnóstico y descartar otras complicaciones”<sup>1</sup>.

1.2. Igualmente, señaló que se encuentra afiliada a la EPS SOS.

1.3. La madre de la actora manifestó que su oficio es de madre comunitaria.

1.4. Advirtió, asimismo, que es madre cabeza de familia.

1.5. Finalmente, relató que percibe ingresos mensuales por \$320.000.00 y discriminó sus gastos así: \$15.000.00 de agua, \$35.000.00 de luz, \$150.000.00 de arrendamiento y \$100.000.00 de gastos varios.

## 2. Solicitud de tutela.

Con fundamento en estos hechos, la petente solicitó al juez de tutela que amparara sus derechos “a un adecuado nivel de vida”<sup>2</sup>, y “a la vida en conexidad con la salud y la seguridad social”<sup>3</sup> y que, en consecuencia, se ordenara a la EPS SOS entregar “LOS MEDICAMENTOS para la realización de los exámenes HORMONA FOLICULO (sic) ESTIMULANTE Y HORMONA LUTEIZANTE PRE Y POST HORMONA LIBERADOR requeridos por los médicos tratantes”<sup>4</sup> (mayúsculas tomadas del texto original); “LA PRESTACIÓN TOTAL DE LOS SERVICIOS REQUERIDOS PARA EL TRATAMIENTO DE LA NIÑA (es decir que no haya demora) [,] LOS MEDICAMENTOS en la cantidad y periodicidad que ordene el médico o la médica (sic) tratante y citas prioritarias como las solicita el médico (sic) y no después de tres o cuatro meses como viene pasando ya que el tratamiento que requiere mi hija es PRIORITARIO”<sup>5</sup> (mayúsculas tomadas del texto original). Finalmente, la actora pidió que se ordenara “QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL [,] es decir todo lo que requiera en forma PERMANENTE y OPORTUNA”<sup>6</sup> (mayúsculas tomadas del texto original).

## 3. Intervención de la parte demandada.

En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia requirió a la parte demandada para que rindiera un informe sobre los hechos y las peticiones de la demanda y

para que informara “la razón de la no autorización de entrega de los medicamentos solicitados y de los exámenes ordenados, igualmente si es cierto o no de la programación de las citas de la menor con especialista para tres o cuatro meses después, en caso afirmativo la razón para ello a pesar de ser citas prioritarias”<sup>7</sup>.

La contestación de la entidad demandada fue extemporánea y, por este motivo, no fue tomada en cuenta en la sentencia de primera instancia. Aun así, la Sala presenta un recuento de dicha respuesta.

3.1. En primer lugar, la EPS subrayó que la niña Ana Milena Mosquera Gutiérrez se encuentra afiliada al régimen contributivo en calidad de beneficiaria.

3.2. Adicionalmente, la EPS accionada expuso que “los exámenes solicitados sí fueron autorizados por la EPS SOS mediante ops numero (sic) 35763656 de dic 02 de 2011”<sup>8</sup> y que “ante la EPS S.O.S NO se encuentra radicada orden de medicamentos vigente pendiente por autorizar o tramitar, toda vez que en los soportes anexos a la acción de tutela tampoco se evidencia la formula (sic) medica (sic)”<sup>9</sup>. Por lo tanto, la parte demandada concluyó que no vulneró derecho fundamental alguno a la paciente, “que no se nos puede obligar a asumir un tratamiento que no está actualmente prescrito por el médico tratante”<sup>10</sup> y, en consecuencia, solicitó al juez de tutela no conceder la acción de tutela.

Igualmente, pidió que, en el caso remoto de resultar condenada en este proceso de tutela, se autorice a la EPS para “recobrar ante el FOSYGA, los servicios que por [...] orden judicial tengamos que prestar y que se encuentren excluidos del POS”<sup>11</sup>.

## II. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE.

### 1. Pruebas aportadas por la parte demandante.

1.1. Historia clínica de Ana Milena Mosquera Gutiérrez del 17 de agosto de 2011, expedida por Comfamiliar, en la cual se acredita que la niña es una “paciente con menarquia aislada”<sup>12</sup> y se le prescribe “SS RM de silla turca, [y] test de estimulo (sic) con GNRH 100 MCG”<sup>13</sup>. Asimismo, en este documento consta que a la paciente se le deberá conceder “cita prioritaria con resultados”<sup>14</sup> (cuaderno 1, folio 5).

1.2. Copia de la autorización del servicio de salud “resonancia nuclear magnetica (sic) de

base de craneo (sic) silla turca”<sup>15</sup>. Esta autorización fue proferida por la EPS SOS el 22 de noviembre de 2011 a favor de Ana Milena Mosquera Gutiérrez (cuaderno 1, folios 6-7).

1.3. Copia de la autorización del servicio de salud “hormona foliculo (sic) estimulante y hormona luteinizante pre y post hormona liberador”<sup>16</sup>. Esta autorización fue proferida por la EPS SOS el 02 de diciembre de 2011 a favor de Ana Milena Mosquera Gutiérrez (cuaderno 1, folios 8-9).

2. Pruebas aportadas por la parte demandada.

EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- no arrimó ninguna prueba al proceso.

3. Prueba decretada de oficio.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2011, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia, Quindío, autoridad judicial de primera instancia en este trámite de tutela, decretó la práctica de una declaración a la señora Lina María Gutiérrez Quesada, madre de la menor accionante.

3.1. El 13 de diciembre de 2011, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia adelantó una audiencia para recoger la declaración de la señora Gutiérrez Quesada, en la cual manifestó que lo que la motivó a presentar esta acción de tutela fue, primero, “la poca atención a las ordenes (sic) que dan los médicos, se demoran mucho para autorizarlas son tres o cuatro meses, y de ahí hay que sacar la cita con la orden y son otros veinte días o un mes; segundo que para la orden de los exámenes que la (sic) mandaron ahora a la niña que me valían \$94.000 y entonces resulta que para un examen de esos de una hormona hay que aplicarle un medicamento y vale ciento sesenta y ocho mil pesos el medicamento, yo hago el esfuerzo y se lo hago pero si se va a un tratamiento hormonal, entonces yo que (sic) hago para sostenerle un tratamiento a ella, entonces para que (sic) paga uno los seguros; lo que yo quiero es que la EPS corra con el gasto del medicamento que hay que aplicarle para el examen y que en caso de que se vaya a tratamiento que corra con el tratamiento también, el endocrino dijo que necesitaba verla de mes y medio a dos meses, porque a la niña le esta (sic) comprometiendo hasta el crecimiento esto y mire que a la fecha ni siquiera le (sic) resonancia se la han hecho”<sup>17</sup>.

En esta misma declaración, el despacho judicial le preguntó a la declarante si había realizado alguna gestión frente a la EPS para que le suministraran el medicamento al que hizo referencia. Frente a esta pregunta, la señora Gutiérrez Quesada respondió no haber realizada ninguna gestión (cuaderno 1, folio 15-16).

### III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Mediante sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011), el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia, Quindío, actuando como autoridad judicial de primera instancia, resolvió negar la protección de los derechos fundamentales de la demandante con sustento en que, “al no haber acudido ante las autoridades correspondientes para que se le autorizaran los medicamentos y exámenes prescritos, no le ha dado la oportunidad a las accionadas de actuar dentro de las disposiciones que regulan lo atinente a la salud”<sup>18</sup>. Es decir que el a quo consideró que en este caso se estaba haciendo un uso irracional del amparo constitucional porque la entidad demandada no tuvo “un actuar negligente frente a la protección de los derechos de la hija de la accionante, sin podersele endilgar una omisión en el cumplimiento de sus deberes legales en el ejercicio de la actividad de prestadora de los servicios de salud”<sup>19</sup>.

No obstante ello, el fallo de primera instancia requirió a la EPS Servicio Occidental de Salud - SOS- para que, una vez la tutelante “eleve la solicitud de asumir la totalidad del costo de los exámenes y medicamentos requeridos para su realización, u otro trámite frente a la patología de la menor, se realicen todas las diligencias pertinentes para que de su parte en una forma diligente, oportuna y eficaz se tramite (sic) y resuelva (sic) las solicitudes frente a estos puntos por ella formuladas, igualmente reciba en esa forma la autorización de citas medicas (sic), medicación y exámenes que le sean por el médico tratante ordenados”<sup>20</sup>.

Esta sentencia no fue impugnada por ninguna de las partes procesales.

### IV. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección de Tutelas Número Dos, mediante auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), dispuso su revisión por

la Corte Constitucional.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

## 2. Consideraciones.

### 2.1. Problema jurídico y esquema de resolución.

2.1.1. El problema jurídico que este caso le propone a la Sala es el de determinar si la EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- burló el derecho a la salud de la actora por el hecho de no haberle practicado unos exámenes prescritos por el médico tratante. A su vez, la Sala deberá establecer si la entidad demandada conculcó algún derecho fundamental de la petente al no entregarle unos medicamentos que al parecer no han sido ordenados por el médico tratante y definir la procedibilidad de las órdenes de reconocimiento de atención integral en salud y de otorgamiento de citas prioritarias a la actora.

2.1.2. Con el objetivo de solucionar este problema jurídico, (i) la Sala recordará los presupuestos fácticos que hacen procedente la tutela, en especial la exigencia de que una acción o una omisión vulnere o amenace derechos fundamentales, para después (ii) analizar las hipótesis que activan la posibilidad de que el juez de tutela ordene la prestación de atención y tratamiento médico integral. Posteriormente, (iii) la Sala estudiará los trámites administrativos como una barrera al acceso a los servicios de salud. Por último, (iv) la Sala utilizará todos estos elementos como premisas normativas para resolver el caso concreto.

i) La conducta activa u omisiva que debe desplegar el sujeto pasivo de la acción de tutela para efectos de que este mecanismo judicial resulte procedente.

1. El artículo 86 de la Constitución consagró el mecanismo judicial de la acción de tutela como instrumento idóneo para lograr la protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o por la omisión de cualquier autoridad pública o de algún particular contra el cual sea procedente la tutela<sup>21</sup>.

2. Así las cosas, la procedibilidad del amparo constitucional no consulta únicamente elementos que conciernen exclusivamente al sujeto activo de la acción y a sus derechos - como lo son, por ejemplo, la existencia de otro medio de defensa judicial, el cumplimiento del principio de inmediatez y la inminencia de un perjuicio irremediable que la tutela evitaría-, sino que la procedibilidad también está supeditada a la observancia de ciertas exigencias que se predicen del sujeto pasivo.

3. Justamente, la parte accionada debe tener la calidad de autoridad pública (inciso 1° del artículo 86 de la Constitución y artículo 1° del Decreto 2591 de 1991) o de particular, pero en este último caso, el particular demandado debe estar en una de las siguientes situaciones contempladas en el inciso 5° del artículo 86 de la Carta y en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991: (i) que esté encargado de la prestación del servicio de educación o del servicio de salud o de cualquier otro servicio público; (ii) que el actor esté respecto de éste en una relación de subordinación o de indefensión; (iii) que actúe en ejercicio de funciones públicas; (iv) que haya dado informaciones inexactas o erróneas; (v) que amenace o viole el artículo 17 superior; (vi) o que contra él se hubiera hecho la solicitud en ejercicio del habeas data.

4. A su vez, el sujeto pasivo de la acción debe haber amenazado o vulnerado<sup>22</sup> algún derecho fundamental producto de su acción u omisión. Quiere esto significar que si no media una acción o una omisión, la acción de tutela es improcedente.

En otras palabras, la presencia de una acción o de una omisión se traduce en un presupuesto lógico-jurídico para que el juez constitucional pueda estudiar el fondo del asunto que se le plantea<sup>24</sup>.

5. Pues bien, las conductas humanas pueden consistir en una acción o en una omisión, es decir, en actos positivos o en actos negativos, figuras que pueden ser diferenciadas con claridad si se recurre al derecho penal, ámbito jurídico que ha distinguido entre delitos de comisión y delitos de omisión.

Con este propósito, la Corte en sentencia SU-1184 de 2001 precisó que “[l]a dogmática naturalista del siglo XVIII en materia penal, trató de edificar el delito de omisión sobre la base de los elementos característicos del delito de comisión. Con fundamento en el derecho liberal que surge después de la revolución francesa, Feurbach encontró que la ‘obligación originaria’ de todo ciudadano estaba constituida por prohibiciones: no realizar conductas que pudieran



ocasionar daño a terceros. Los mandatos – la obligación de realizar determinados comportamientos orientados a proteger bienes jurídicos – tenían una naturaleza excepcional, porque en principio no se tiene el deber de iniciar acciones de salvamento a favor de otra persona. Para que ello ocurra, se requiere un ‘deber jurídico especial’ que obligue a la evitación de determinados resultados. Los juristas del siglo XIX lo encontraron inicialmente en la ley y el contrato. Posteriormente le agregaron la injerencia (el comportamiento peligroso anterior) y las estrechas comunidades de vida. Este enfoque se caracterizó por el estudio de las fuentes formales; es decir, por determinar donde (sic) nacen los deberes jurídicos de evitación del resultado, mas no por precisar su fundamento”.

Este mismo razonamiento es trasladable, *mutatis mutandis*, al campo de la acción de tutela. En tal orden de ideas, una acción que amenace o que vulnere un derecho fundamental es aquella conducta positiva que transgrede el deber general de toda persona de no ocasionar daños a terceros, esto es, la acción consiste en un hacer que daña a otra persona. Este deber, por lo demás, se encuentra recogido de forma muy general en el artículo 2341 del Código Civil que prescribe que “[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Ahora bien, tratándose de autoridades públicas, el deber de actuar positivamente en aras de proteger los derechos fundamentales está sustentado en los artículos 2° y 90 de la Carta.

Por su parte, la omisión que produce la amenaza o la vulneración a derechos fundamentales se refiere a no hacer lo que alguna norma ordena hacer o dar. Esta omisión, desde luego, es censurada por el artículo 2341 del Código Civil, en lo que atañe a los particulares, y por el artículo 86 y 90 de la Constitución Política, tratándose de autoridades públicas.

Siguiendo esta lógica, la configuración de una omisión obliga a que se identifique previamente la norma constitucional, legal, convencional, etc., que contiene una obligación positiva y que se corrobore su incumplimiento. Tan es así que el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 prevé que “[c]uando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio”. Si esto es cierto, significa que a quien quiera que se le ordene realizar o desarrollar la acción adecuada debe tener competencia para ello, si es una autoridad pública, o debe estar obligado anticipadamente por alguna norma, si se trata de un

particular.

6. De forma tal que carece de toda justificación demandar o vincular a algún particular o a alguna autoridad pública en un trámite de tutela si éste o ésta no ha llevado a cabo una acción u omisión que presuntamente vulnere o amenace un derecho fundamental. Lo contrario conduciría indefectiblemente a congestionar la Jurisdicción de manera infundada y a crear sociedades paranoicas en las cuales cada persona considera a su congénere como un enemigo en potencia, lo cual conlleva a un resquebrajamiento de la vida en sociedad<sup>25</sup>. Esto sin mencionar que semejante situación afecta considerablemente la planificación de los negocios y de las relaciones sociales y pone en riesgo la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, en tanto las personas estarán constantemente sometidas al albur de ser demandadas sin que lo puedan prever, lo cual implica la sustracción de una de las más rescatables funciones sociales del derecho<sup>26</sup>. Sobre el punto, la Sala comparte la tesis de Schelsky para quien “[e]l Derecho tiene primeramente la tarea de atar el futuro. Es el poder de planificación el que está a disposición del hombre para configurar sus relaciones sociales”<sup>27</sup>.

Por supuesto que esto no deslegitima al juez constitucional para que exhorte a alguna autoridad pública o a algún particular para que, dado el caso que se presente en el futuro determinada situación jurídica, proceda de la manera en que la Constitución lo prescribe. Precisamente, esta es la naturaleza de los exhortos, fórmula a la que la Corte Constitucional acude con frecuencia para invitar o sugerir, mas no ordenar, que la conducta futura de todos los miembros de la comunidad política, incluyendo desde luego el Estado, se adecuen a los preceptos constitucionales. Idéntica finalidad tiene, por lo demás, la figura de la prevención contemplada en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991<sup>28</sup>.

ii) Los alcances y límites del reconocimiento de atención integral en salud.

1. El derecho a la salud descansa sobre varios principios de raigambre constitucional y legal, como lo son la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la continuidad, la progresividad, la calidad, la sostenibilidad, la unidad, la participación y la integralidad, recogidos, principalmente, en el artículo 49 de la Constitución y en los artículos 2° y 153 de la Ley 100 de 1993.

2. Concretamente, el principio de integralidad se desprende del siguiente análisis normativo

realizado por esta Corporación en la sentencia T-179 de 2000:

“El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993). Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: ‘Es el conjunto de actividades y procedimientos mas (sic) indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada; y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo’. Por otro aspecto, el sistema esta (sic) diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para (sic) la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: ‘Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley’ (artículo 2° de la ley 100 de 1993). Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: ‘El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud’. A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que ‘Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada (sic) el plan obligatorio de salud’ (resaltado fuera de texto). Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral, que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican” (subrayas y

resaltados tomados del texto original)<sup>29</sup>.

3. Fundada en este principio y con el ánimo de racionalizar el acceso a la acción de tutela, evitando que las personas tengan que acudir una y otra vez a esta acción constitucional, la Corte Constitucional suele ordenar en sus providencias a entes prestadores del servicio público de salud que le brinden a los accionantes atención integral<sup>30</sup>. Esta orden, por lo demás, supone que la atención y el tratamiento a que tienen derecho las personas pertenecientes al sistema de seguridad social en salud “deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>31</sup>.

4. No obstante, la protección del derecho a la atención integral en salud por parte del juez constitucional admite un posible contraargumento, cual es que el juez estaría presumiendo que la entidad prestadora del servicio de salud atropellaría en el futuro derechos fundamentales. Sin embargo, esta eventual crítica ha sido respondida así por la doctrina constitucional:

“[e]videntemente, la prevención que se hace por el juez de tutela al dar la orden de atención integral, lejos de constituirse en una presunción de violaciones futuras a derechos fundamentales por parte de la accionada y por hechos que no han tenido ocurrencia, como se podría alegar por la accionada, se constituye en una real y efectiva protección a las garantías constitucionales, como deber ineludible del fallador, donde se aplican los fundamentos constitucionales que orientan la prestación del servicio en el Estado social de derecho, sin dejar de lado que se cuenta con la presencia de los presupuestos básicos exigidos por el artículo 86 Superior para la utilización de la acción de tutela, toda vez, [...] mientras no se haya prodigado la atención con que el paciente domine o mitigue su enfermedad, persiste la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales que ya se han protegido por hechos u omisiones ciertos y comprobados como trasgresores de los mismos”<sup>32</sup>.

5. Desde esta óptica, la orden de suministrar atención integral impartida por el juez de tutela presupone que haya habido una violación o amenaza previa a derechos fundamentales. En otras palabras, la tutela no es procedente para solicitar únicamente atención integral, dado que una petición de esta índole carece del elemento acción u omisión que debe endilgársele al sujeto pasivo de la acción de tutela a fin de que ésta se califique como procedente. Es decir, “el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe estar acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre situaciones futuras e inciertas”<sup>33</sup> (subrayas añadidas por la Sala).

6. En un sentido muy definido, el hecho de que la procedencia de la tutela esté subordinada a la existencia de una acción o de una omisión del sujeto pasivo del amparo, trae aparejado la materialización de los derechos al debido proceso y a la autonomía de la parte accionada, quien tiene, por ende, la oportunidad de decidir libremente, antes ser demandada, si despliega o no una conducta activa u omisiva vulneradora de derechos.

7. A contrario sensu, si esta Sala admitiera la formulación de demandas de tutela en las que solamente se reclame atención integral en salud, estaría propiciando el abuso de la acción de amparo, en tanto las personas gozarían de la potestad de entablar la acción constitucional por el simple miedo o temor a ser, eventualmente, sujetos de un desconocimiento de derechos fundamentales.

Aunque este miedo es en gran parte fundado, dada la histórica, masiva y sistemática lesión de derechos en el país, la Sala observa que los derechos de las partes demandadas en tutela deben ser igualmente garantizados, a la par que los principios generales del derecho. En efecto, la buena fe es un derecho y un principio general del derecho con el que se daría al traste si se consiente en que las personas demanden en sede de tutela antes de que sus derechos sean lesionados o amenazados, tornándose así la presunción de buena fe en presunción de mala fe, en la medida en que se actuará guiado en que las personas vulnerarán los derechos fundamentales. Es claro, sin embargo, que la presunción de mala fe no es inconstitucional, sino que la regla general es que se presuma la buena fe (art. 83 de la Carta) a falta de norma que expresamente presuma la mala fe, como es el caso del numeral 5° del artículo 1025 del Código Civil que presume la mala fe del heredero o legatario que oculta un testamento, por sólo citar un ejemplo.

La hipotética posibilidad de instaurar acciones de tutela, sin que haya habido previa vulneración o amenaza a derechos fundamentales constitucionales, desalienta la acción política de la población y el reclamo no contencioso, ejercicio este último que abre las puertas a la presentación de argumentos que buscan convencer al otro, fortaleciendo así el debate, el poder de persuasión y el diálogo entre iguales, valores altamentepreciados en una democracia. Además, la hipotética posibilidad descrita olvida que la jurisdicción en un Estado de derecho es la garantía última o la ultima ratio que controla la conformidad de la vida humana con el derecho. Significa lo anterior que antes de que los asuntos y conflictos intersubjetivos de intereses escalen a la jurisdicción, deben intentarse otras herramientas menos lesivas para resolverlos. Es decir, primero razones y, por último, fuerza y coerción.

8. En suma, la atención integral en salud es una obligación ineludible de todos los entes encargados de la prestación del servicio público de salud y su reconocimiento es procedente vía tutela. A pesar de ello, la activación del aparato judicial con el fin de obtener la atención integral en salud exige, conforme al artículo 86 constitucional, que se haya concretado a priori una acción u omisión que constituya una amenaza o vulneración de algún derecho fundamental.

iii. Los trámites administrativos como barrera al acceso al servicio de salud.

2. Paul Kahn describe con gran altura este fenómeno consistente en eludir de manera soterrada el precedente constitucional, de forma tal que formalmente se observa que la jurisprudencia está siendo asimilada, aunque ello no coincida con la realidad.

El primer ejemplo que recuerda Kahn se refiere a la sentencia *Brown vs. Board of Education of Topeka* de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la cual la Corte prohibió la separación de escuelas para personas de raza negra y para personas de raza blanca. Al respecto, Kahn sostiene que “[c]uarenta años después de *Brown vs. Board of Education* no es claro cómo se puede medir el resultado de la dramática entrada de la Corte en el campo de la igualdad racial. Hasta el día de hoy, un número desproporcionado de niños de las minorías asisten a escuelas que son en su mayoría de minorías. Claro, podemos decir que esto es una segregación de facto antes que una segregación de jure, pero esto es meramente usar una diferencia en etiquetas legales para establecer una diferencia de hecho. La segregación sigue

siendo un hecho abrumador de la vida en nuestras ciudades y con la segregación viene la pobreza. Aún más, no podemos realmente separar aquello que ocurrió debido a la acción de los tribunales de aquello que hubiera ocurrido de todos modos”<sup>34</sup>. En otros términos, los hijos de las personas con mayor capacidad económica asisten a colegios en los cuales la matrícula es más costosa y donde niños de menores recursos no pueden matricularse como efecto del valor de la matrícula, pese a que formalmente podrían ingresar a estos colegios. Así pues, continúa existiendo, de hecho, discriminación y segregación en los colegios, pues las personas con capacidad económica estudian con sus pares de igual categoría económica, en tanto que, por otro parte, los niños de escasos recursos estudian con niños que están en semejante situación económica.

El segundo ejemplo traído por Khan es el del fallo del derecho al aborto *Roe vs. Wade*. “Si la Corte hubiera rechazado a *Roe* probablemente la mayoría de los Estados continuarían permitiendo que se hicieran abortos. Algunos no lo harían y esta sería una carga sustancial para aquellos muy pobres o para quienes no tuvieran la capacidad de viajar a un Estado donde el aborto fuera posible. Pero esta es la situación existente. Solo una concentración miope en la decisión judicial no reconocería que en amplias áreas del país los servicios de aborto no están disponibles. A los Estados no se les exige pagar por estos servicios y la política local y el sentimiento popular frecuentemente hacen imposible mantener los servicios como parte de una práctica médica ordinaria. Otra vez vemos la flexibilidad y la complejidad de la respuesta de los órdenes político y privado frente a una decisión judicial. Entre el mandato de la decisión y las condiciones operativas de la comunidad política hay una multitud de recursos perfectamente legales que están disponibles para bloquear o para dar forma al real funcionamiento de la decisión”<sup>35</sup>. Significa esto que si el aborto está permitido, pero, por ejemplo, no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud y es muy costoso practicarlo, la permisión resulta tan débil que se torna ineficaz.

3. Siguiendo este mismo razonamiento, las entidades encargadas de administrar y de prestar el servicio de salud, en ocasiones, imponen al usuario, con la pretensión de dificultar el acceso a un servicio médico y de eventualmente frustrar derechos, la obligación de agotar infinidad de trámites y de reunir varios documentos para acceder al servicio, apartándose con ello de la prohibición y del mandato contenidos, respectivamente, en los artículos 8436 y 22837 de la Carta, además del principio de eficacia de los derechos consignado en el artículo 2° constitucional.

4. En sentencia T-760 de 2008, este Tribunal fue enfático en advertir que “[l]a jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas”.

5. Desde esta perspectiva, la Corte precisó en sentencia T-262 de 2009 que “el procedimiento previsto por las EPS para el otorgamiento de servicios médicos por fuera del POS corresponde a un trámite administrativo interno de las entidades prestadoras de salud el cual no puede ser oponible al afiliado al sistema, ya que: i) no le corresponde adelantarlo por su propia cuenta, al no ser competente y además ii) este requisito constituye una carga administrativa propia de la entidad, que no puede establecerse como una barrera para el goce efectivo de los servicios de salud”. Por esta razón, en dicha providencia se ordenó a la entidad demandada en aquella ocasión que prestara al accionante, “de manera preferente, ágil y eficaz, la atención integral que requiera para el tratamiento de su enfermedad de próstata y que no esté cubierta por el Plan Obligatorio de Salud, sin que dicha entidad pueda aplicar obstáculos para el acceso a esos servicios con el cobro de copagos, cuotas moderadoras o cualquier otro tipo de estipendio o la creación de trámites administrativos de autorización, transcripción o cualquier otro que busque dilatar de cualquier manera el cumplimiento de la orden de protección” (subrayas añadidas por la Sala).

6. En síntesis, los trámites y procedimientos administrativos no pueden reflejar un obstáculo o barrera para el real acceso de los pacientes a los servicios de salud que requieren.

iv. Caso concreto.

Corresponde ahora a la Sala examinar el caso concreto para determinar si la EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- violentó o no el derecho a la salud de la niña Ana Milena Mosquera Gutiérrez, por el hecho de no practicarle los procedimientos y exámenes de “resonancia nuclear magnetica (sic) de base de craneo (sic) silla turca”<sup>38</sup> y “hormona foliculo (sic) estimulante y hormona luteinizante pre y post hormona liberador”<sup>39</sup>, pese a haber sido



prescritos por su médico tratante; por no haberle otorgado unos medicamentos que no fueron ordenados; y, finalmente, por no concederle citas prioritarias.

Antes de proceder a este estudio, recuerda la Sala que el caso que la convoca en esta oportunidad es el de una niña de 8 años de edad que fue diagnosticada con menarquia precoz y que le fueron ordenados unos exámenes, cuyos resultados debían ser evaluados en una cita prioritaria. Asimismo, la madre de la menor sostiene que los exámenes ordenados requieren del suministro de unos medicamentos.

En consecuencia, la petición de la tutela es que la EPS accionada entregue los medicamentos que se requieren para llevar a cabo los exámenes prescritos (1), que practique los exámenes ordenados por el médico tratante (2)<sup>40</sup>, que le preste a la petente atención integral en salud (3) y que le otorgue citas prioritarias (4).

1. En lo que hace a la petición de entrega de medicamentos, la Sala llama la atención sobre la circunstancia de que en el expediente no reposa ninguna prueba que dé cuenta de que algún médico, bien sea adscrito a la EPS o particular, haya prescrito alguna medicina a la menor accionante. Igualmente, la demandante no aduce el nombre de tales medicamentos ni en el escrito de tutela ni en su declaración ante el a quo. Así las cosas, la Sala acompaña a la parte accionada en su apreciación de que no se encuentra radicada ante ella orden de medicamentos pendiente por autorizar o tramitar (ver supra 3.2 de los antecedentes). Luego, si la Sala imparte una orden en este sentido, estaría fungiendo como médico y estaría prescribiendo un medicamento sin conocimiento técnico para ello.

Ahora, en el evento hipotético de que la petente hubiese exhibido alguna fórmula médica en este proceso de tutela, la Sala tampoco proferiría ninguna orden dirigida a la entrega de medicamentos, puesto que ello implicaría aceptar que los usuarios de salud acudan a la Jurisdicción tan pronto se prescribe un medicamento, sin antes solicitárselo a la EPS, circunstancia que abandona la idea de Jurisdicción como ultima ratio en un Estado de derecho (ver supra ii 7 de las consideraciones) y la idea de que el ejercicio de los derechos también exige cargas y deberes en cabeza del sujeto activo del derecho<sup>41</sup>.

Desde esta perspectiva, la Sala estima que la referida solicitud de tutela es improcedente, como sea que la EPS demandada no desplegó ninguna acción violatoria de derechos fundamentales ni omitió algún deber que resultara vulnerador de derechos, toda vez que la

obligación de conceder un medicamento se deriva, en primera instancia, de una orden médica y ésta nunca fue expedida (ver supra i 4 y 5 de las consideraciones).

2. Respecto de la cuestión atinente a la práctica de los exámenes ordenados por el médico tratante (ver supra 1.1 del acápite de pruebas), se advierte que éstos fueron efectivamente autorizados por la EPS (ver supra 1.2 y 1.3 del acápite de pruebas). En congruencia, no se explica la Sala por qué el ente demandado no procedió a realizar los exámenes luego de haberlos autorizado, forzando con esta omisión a la actora a entablar acción de tutela.

En efecto, es claro para la Sala que la práctica usual de los entes prestadores del servicio de salud de obligar a los usuarios a realizar infinidad de trámites administrativos antes de prestarles el servicio de salud se muestra como una traba o barrera en el goce efectivo de los derechos fundamentales y, consecuentemente, como una lesión a los artículos 2º, 84 y 228 de la Constitución (ver supra iii 3 y 6 de las consideraciones). Ciertamente, las entidades de salud deben realizar trámites internos para otorgar un medicamento o para practicar un examen, lo cual es absolutamente razonable por motivos de organización y logística interna, pero estos procedimientos no son oponibles al usuario, a quien sólo le basta con exhibir la orden médica para que la entidad decida si la reconoce o no la reconoce y, en caso de reconocerla, entregue la medicina o fije una cita para la práctica del correspondiente examen<sup>42</sup>.

Sin embargo, la Sala comprobó que uno de los dos exámenes que pide la demandante ya fue realizado y que para el otro ya se fijó cita<sup>43</sup>. En esta medida, la Sala se abstendrá de emitir alguna orden en relación con estos exámenes y reconocerá la presencia de un hecho superado<sup>44</sup>, en tanto sí hubo en su momento una lesión a derechos pero ésta concluyó con posterioridad.

3. Frente a la pretensión del reconocimiento de atención integral, en este asunto específico se acreditó que al momento de recurrir a esta acción constitucional se estaba desarrollando una violación al derecho a la salud de la actora por la omisión de la parte accionada de realizar los exámenes ordenados médicamente (ver supra 3.1 del acápite de pruebas), pese a que este evento fue luego superado. Si a lo anterior se agrega que la integralidad es una obligación permanente de las entidades encargadas de prestar el servicio público de salud (ver supra ii 1 y 2 de las consideraciones), la Sala concluye que la mencionada pretensión es

procedente (ver supra ii 5, 6, 7 y 8 de las consideraciones). Esta pretensión, además, prospera en el caso sub examine, advirtiéndose, de todas maneras, que “el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables. Es el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere. De lo contrario el principio de integralidad se convertiría en una especie de cheque en blanco, en lugar de ser un criterio para asegurar que al usuario le presten el servicio de salud ordenado por el médico tratante de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado”<sup>45</sup>.

4. Por último, se encuentra demostrado que el médico tratante ordenó concederle a la petente cita prioritaria para evaluar los resultados de los exámenes que le prescribió (ver supra 1.1 del acápite de pruebas). No obstante ello, la Sala no dará ninguna orden en este sentido, comoquiera que la parte accionada no ha llevado a cabo ninguna acción u omisión al respecto, debido a que aún no ha finalizado la práctica de los exámenes, luego todavía no se conocen los resultados de los mismos. De suerte tal que la EPS accionada no ha asignado cita para valorarlos ni tampoco reposa en el expediente prueba de que la actora la haya solicitado, así que la parte demanda no ha tenido la oportunidad de negar la cita prioritaria, de lo cual se sigue que la Sala estaría erosionando su derecho al debido proceso si emite alguna orden en este sentido. Aun así, se le exhortará, mas no se le ordenará en tanto ello equivaldría a presumir su mala fe, para que actúe conforme a la orden médica, esto es, una vez practicados los exámenes correspondientes, otorgue cita prioritaria a la menor Ana Milena Mosquera Gutiérrez para su evaluación.

5. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de tutela objeto de revisión y, en su lugar, declarará improcedente el amparo en lo que involucra a la petición referente a la entrega de medicamentos, reconocerá la configuración de un hecho superado en cuanto a la práctica de los exámenes médicos solicitados, tutelaré el derecho a la atención integral en salud de la niña Ana Milena Mosquera Gutiérrez y exhortará a EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- para que, una vez sean proferidos los resultados de los exámenes realizados a la menor, se le conceda cita prioritaria, de acuerdo con la orden médica que así lo señale.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

**RESUELVE:**

Primero.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011) por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia, Quindío, dentro del proceso de tutela iniciado por Lina María Gutiérrez Quesada, en representación de su hija menor de edad Ana Milena Mosquera Gutiérrez, contra EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- y, en su lugar, CONCEDER PARCIALMENTE el amparo del derecho a la salud de la accionante.

Segundo.- DECLARAR la configuración del fenómeno de hecho superado en relación con la petición de la práctica de los exámenes “resonancia nuclear magnetica (sic) de base de craneo (sic) silla turca” y “hormona foliculo (sic) estimulante y hormona luteinizante pre y post hormona liberador”.

Tercero.- DECLARAR improcedente la petición de entrega de medicamentos que aún no han sido ordenados por el médico tratante.

Cuarto.- ORDENAR a EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, garantice a la niña Ana Milena Mosquera Gutiérrez atención integral en salud en lo que respecta al diagnóstico y al eventual tratamiento que sea requerido para combatir su padecimiento de menarquia precoz.

Quinto.- EXHORTAR a EPS Servicio Occidental de Salud -SOS- para que, una vez sean conocidos los resultados de los exámenes realizados a la menor Ana Milena Mosquera Gutiérrez, se le conceda cita prioritaria, de acuerdo con la orden médica que así lo señale.

Sexto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 2.

2 Cuaderno 1, folio 3.

3 Cuaderno 1, folio 3.

4 Cuaderno 1, folio 1.

5 Cuaderno 1, folio 1.

7 Cuaderno 1, folio 12.

8 Cuaderno 1, folio 30.

9 Cuaderno 1, folio 30.

10 Cuaderno 1, folio 35.

11 Cuaderno 1, folio 32.

12 Cuaderno 1, folio 5.

13 Cuaderno 1, folio 5.

14 Cuaderno 1, folio 5.

15 Cuaderno 1, folio 6.

16 Cuaderno 1, folio 8.

17 Cuaderno 1, folio 15.

18 Cuaderno 1, folio 18.

19 Cuaderno 1, folio 23.

20 Cuaderno 1, folio 24.

21 Nótese que la acción de tutela contra particulares no siempre es procedente sino únicamente en los casos señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Conviene también resaltar que la posibilidad de formular acción de tutela en contra de un particular responde a una concepción que reconoce que no sólo el Estado puede ejercer poder, autoridad y prerrogativas –actos de imperio los llamarán los teóricos del derecho administrativo-, sino que también algunos particulares pueden ejercer este poder frente a otros particulares, lo cual cuestiona la vetusta idea de que las relaciones entre privados siempre se desarrollan en un plano de horizontalidad e igualdad. En virtud de esta misma concepción, existen, por ejemplo, en el derecho laboral el principio protector y en el derecho civil, ámbito en el que tradicionalmente ha prevalecido con mayor fuerza la creencia de que los vínculos están permeados por el principio de la igualdad, normas que protegen al arrendatario, parte que se considera la más débil en el contrato de arrendamiento.

22 Sobre la diferencia entre riesgo, amenaza y vulneración o daño consumado de derechos fundamentales, pueden consultarse las sentencias T-339 de 2010 y T-1002 de 2010.

23 Sentencia T-013 de 2007.

24 “En conclusión, la procedencia del mecanismo de amparo constitucional exige que exista alguna acción u omisión atribuible al sujeto pasivo de la acción, de tal manera que sea posible analizar si ésta ha comportado una vulneración o una amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”. T-084 de 2009.

25 Similar lectura tiene Navasky acerca de los informantes dentro de las comunidades. Para este autor, el informante destruye “la misma posibilidad de comunidad... porque él opera sobre la base del principio de traición, y una comunidad sobrevive sobre la base del principio de confianza”. Cfr. NAVASKY, Victor. Citado por COVER, Robert. Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial (1993). Traducción de Christian Courtis. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002, p. 117.

26 Quizá una de las funciones sociales más admirables del derecho es que reduce el azar y brinda alguna seguridad sobre el futuro, el cual es esencialmente incierto, razón por la cual suele generar preocupación y angustia entre los hombres y los lleva a creer en dioses, en líderes, en religiones, en el derecho, en el Estado, etc. Tal vez esta función común que comparten el Estado y las religiones explique la aserción de Kelsen, según la cual “Dios y el Estado sólo existen si y en la medida que uno cree en ellos, y quedan aniquilados, junto con su inmenso poder que llena la historia universal, cuando el alma humana se libera de esa creencia”. Cfr. KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1922-23). En: El otro Kelsen. México: UNAM, 1989, p. 265. Por ende, esta función social del derecho organiza la vida en sociedad y permite a la comunidad política prever lo que se seguirá si se verifica el incumplimiento de mandatos o la violación de prohibiciones. Por supuesto que la efectividad de estas consecuencias jurídicas dependerá directamente de cuánta soberanía tenga el Estado.

27 SCHELKY, Helmut. Citado por REHBINDER, Manfred. Sociología del derecho (1981). Traducción de Gregorio Robles Morchón. Madrid: Pirámide, pp. 155-170. El capítulo de este texto de Rehbinder denominado “Las funciones sociales del derecho” está transcrito en el volumen 8 de la Revista chilena de derecho, fuente de la cual la Sala extrajo el fragmento citado, p. 130.

28 “ARTÍCULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. // El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la

repetición de la misma acción u omisión”.

29 Debe la Sala puntualizar que el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, referido en el fragmento de la sentencia citada, fue modificado por el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011.

31 Sentencia T-062 de 2006.

32 *Ibíd.*

33 Sentencia T-657 de 2008.

34 KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos (1999). Barcelona: Editorial Gedisa, 2001, p. 177.

35 *Ibíd.*, p. 178.

36 “ARTÍCULO 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

37 “ARTÍCULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo” (subrayas añadidas por la Sala). Es de anotar, sea dicho de paso, que la Corte Constitucional con frecuencia asimila este mandato de prevalencia del derecho sustancial en una escala jerárquica en la que el derecho procesal figura en un eslabón inferior al ocupado por el derecho sustancial. Empero, esta apreciación riñe con la lógica propia del derecho procesal que lo cataloga como un derecho instrumental, es decir que el derecho procesal no es un fin en sí mismo sino que es un instrumento para la aplicación del derecho sustancial. La consecuencia natural de esta afirmación es que no es concebible una colisión entre normas de derecho procesal y normas de derecho sustancial, ya que cada una de ellas se encarga de regular una conducta diferente, por lo cual la prevalencia del derecho sustancial no es útil para explicar tal escenario. Vistas las cosas desde este prisma, el fragmento en discusión del artículo 228 de la Constitución debe ser entendido como prevalencia del derecho sustancial sobre los trámites administrativos y



burocráticos impuestos unilateralmente por los particulares o por las autoridades y destinados a hacer exigible ante ellos mismos un derecho. Esta tesis es corroborada por una característica o rasgo adicional del derecho procesal, y es que éste es un derecho autónomo, lo cual implica que el derecho procesal tiene sus propias reglas de interpretación y sus propios principios, diferentes a los del derecho sustancial.

38 Cuaderno 1, folio 6.

39 Cuaderno 1, folio 8.

40 Si bien esta petición no fue presentada expresamente en la demanda de tutela, la Sala la tomará en consideración, habida cuenta de que ella se despende de la declaración rendida ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia (ver supra 3.1 del acápite de pruebas) y de que el artículo 21 del Decreto 2591 de 1991 prescribe que “[s]i fuere necesario, se oirá en forma verbal al solicitante y a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente de manera sumaria”. De suerte que la demanda puede ser complementada de manera verbal, dado que la tutela se rige por el principio de informalidad (art. 14 del Decreto 2591 de 1991) y, tratándose de menores, la tutela puede ser ejercida de manera verbal (art. 14 del Decreto 2591 de 1991). Adicionalmente, el objeto de la tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, con prevalencia del derecho sustancial (artículos 1° y 3° del Decreto 2591 de 1991).

41 Es muy elocuente revisar la doctrina que ha construido la Corte con ocasión del derecho a la educación como un derecho-deber. Sobre este tema se pueden consultar las sentencias T-465 de 2010, T-492 de 2010, T-698 de 2010, T-437 de 2005, T-767 de 2005 y T-642 de 2001.

42 “El acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. De ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio”. T-760 de 2008.

43 El día 09 de mayo de 2012, en aplicación de los principios de informalidad, de prevalencia

del derecho sustancial, de economía, de celeridad y de eficacia que informan la acción constitucional, el despacho de la magistrada sustanciadora se comunicó telefónicamente con la señora Lina María Gutiérrez Quesada, madre de la menor Ana Milena Mosquera Gutiérrez y quien actuó en su representación en este proceso de tutela, para que informara si los exámenes prescritos y solicitados en esta demanda ya habían sido realizados por la EPS demandada, a lo cual manifestó que la resonancia magnética ya se le había realizado a la niña y que para el examen de hormona folículo estimulante y hormona luteinizante pre y post hormona liberador ya tenía cita programada para los próximos días.

44 El hecho superado ha sido entendido por la Corte como una situación en la que, en el curso de un proceso de tutela, la vulneración a algún derecho fundamental ha cesado, tornándose así inútil e innecesaria una orden por parte del juez constitucional. Sobre el concepto de hecho superado, pueden consultarse las sentencias T-597 de 2008, T-188 de 2010, T-422 de 2010 y T-147 de 2010.

45 Sentencia T-760 de 2008.