

# Transformación de la naturaleza jurídica de la acción de tutela: Análisis en el ámbito del derecho a la salud en Colombia\*

Transformation of the Legal Nature of the “Tutela” Action  
Analysis in the Field of the Right to Health in Colombia

*Alisson Angarita Pinto*\*\*  
*Viviana Bejarano Montoya*\*\*\*  
*José David Lugo Forero*\*\*\*\*

Citar este artículo como: Angarita, A., Bejarano, V. y Lugo, J. (2017). Transformación de la naturaleza jurídica de la acción de tutela: Análisis en el ámbito del derecho a la salud en Colombia. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 91-110.

## Resumen

La acción de tutela es un mecanismo consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, cuyo objetivo es la protección inmediata de los Derechos Fundamentales, siempre que estos resulten transgredidos o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, de un particular encargado de la prestación de un servicio público, o respecto de quienes el

---

Fecha de Recepción: 5 de mayo de 2017 Fecha de Aprobación: 7 de junio de 2017

- \* Este artículo se realizó como producto de la cátedra de Seminario de Investigación II, de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. En el marco del proyecto de investigación: “Transformación de la naturaleza jurídica de la acción de tutela”.
- \*\* Estudiante de la facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal *nullum crimen sine lege un*”, reconocido y clasificado en Categoría A Colciencias 2015, Universidad Nacional de Colombia. [Alisson.b@unal.edu.co](mailto:Alisson.b@unal.edu.co)
- \*\*\* Estudiante de la facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. [vgbejaranom@unal.edu.co](mailto:vgbejaranom@unal.edu.co)
- \*\*\*\* Estudiante de la facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. [josenab@unal.edu.co](mailto:josenab@unal.edu.co)

Reception Date: May 5, 2017. Approval Date: June 7, 2017.

- \* This article is the result of the Research II Workshop, of the Law School at Universidad Nacional de Colombia. This, in the framework of the research project: “Transformation of the Legal Nature of the Guardianship Action”.
- \*\* Law Student, Law School, Political and Social Sciences of Universidad Nacional de Colombia. Member of the Research Group “School of Criminal Law *nullum crimen sine lege un*”, recognized and classified in Category A of Colciencias 2015, Universidad Nacional de Colombia. Electronic mail: [Alisson.b@unal.edu.co](mailto:Alisson.b@unal.edu.co)
- \*\*\* Law Student, Law School, Political and Social Sciences of Universidad Nacional de Colombia. Electronic mail: [Vgbejaranom@unal.edu.co](mailto:Vgbejaranom@unal.edu.co)
- \*\*\*\* Law Student, Law School, Political and Social Sciences of Universidad Nacional de Colombia. Electronic mail: [josenab@unal.edu.co](mailto:josenab@unal.edu.co)

solicitante se encuentre en estado de subordinación e indefensión. Este instrumento ha sido concebido con una naturaleza residual y subsidiaria, debido a que solo es procedente cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial; salvo que se utilice como un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, este carácter se ha ido transformando con el uso masivo que de esta acción se da, sobre todo en lo que concierne a la defensa del derecho a la salud, ya que, a pesar de la existencia de otros mecanismos destinados para el mismo propósito, se acude a esta de manera preferente y alternativa.

**Palabras clave:** Acción de tutela, naturaleza jurídica, subsidiaria, residual, derecho a la salud, transformación, preferente y alternativa.

## Abstract

The Guardianship Action (Acción de Tutela in Spanish) is a mechanism enshrined in the Colombian legal system, whose objective is the immediate protection of Fundamental Rights, provided that these are transgressed or threatened by the action or omission of any public authority, an individual in charge of the provision of a public service, or in respect of whom the applicant is in a state of subordination and defenselessness. This instrument was conceived with a residual and subsidiary nature, due to the fact that it is only appropriate when no other means of judicial defense are available; unless it is used as a transitional means to avoid a irreparable damage. However, this character has been transformed with the massive use of this special action, especially in what concerns the defense of the Right to Health, since despite the existence of other mechanisms intended for the same purpose, it is preferred and alternative.

**Keywords:** Guardianship Action, Tutela Action or Acción de Tutela in Spanish, Legal Nature, Residual Character, Subsidiary, Right to Health, Transformation, Preferred and Alternative.

## Introducción

De conformidad con Gallego,

*(...) “la condición histórica de los derechos humanos ha generado como consecuencia su ideología y su análisis por la filosofía social y jurídica a lo largo del siglo XX, y ahora en el XXI. A pesar de lo anterior, existen otras alternativas metodológicas y de fundamentación a dichos derechos. En la medida que se comprenda que su origen, la asignación de pertenencia, y la formalidad de los textos declarativos, son paradojas necesarias de superar; es importante el horizonte epistémico que supone la teoría de los sistemas sociales, la cual construye un aporte diferencial del sistema parcial de los derechos humanos” (2014, p. 143)*

La acción de tutela es un mecanismo constitucional que ha sido contemplado en

el ordenamiento jurídico colombiano para la salvaguarda de los Derechos Fundamentales de los individuos, frente a las vulneraciones o posibles amenazas que puedan generarse con ocasión de la acción u omisión de una determinada autoridad pública, o de particulares, cuando estos presten un servicio público, o cuando el solicitante se encuentre en estado de indefensión o subordinación respecto de estos. Acudir a esta garantía sólo es procedente cuando no existen otros medios de defensa judiciales para la protección prevista, salvo que se use para evitar un perjuicio irremediable; lo que significa que la herramienta fue concebida con un carácter residual, subsidiario y cautelar.

Esta acción en numerosos casos ha ofrecido una defensa pronta, fácil y efectiva para la protección de los Derechos Fundamentales, por

lo que es factible constatar que en los últimos años su uso en Colombia, ha ido en aumento, siendo el derecho a la salud uno de los derechos cuya protección se invoca con más frecuencia a través de ella.

El presente artículo intenta plasmar cómo se ha transformado la naturaleza jurídica de la acción de tutela, con el empleo que de ella se ha hecho durante el año 2015 en el país, para exigir el cumplimiento del Derecho Fundamental a la salud. Así, se propone que el referido cambio se debe a que en su mayoría, las personas han acudido a la tutela como primera opción para la protección del Derecho Fundamental a la salud, y no a los demás mecanismos existentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano que tienen similar propósito. Como consecuencia de lo anterior, la tutela se ha convertido en el medio judicial por excelencia para la defensa y la protección del Derecho Fundamental a la salud, lo que significa una indudable variación en su naturaleza jurídica, pues ha dejado de tener un carácter residual, subsidiario y cautelar, convirtiéndose en un mecanismo alternativo, al que se acude preferentemente.

Para desarrollar el objetivo propuesto, se estructurará el siguiente artículo en cuatro segmentos: En primera medida, se indicará la manera en la que el ordenamiento jurídico colombiano ha concebido la naturaleza jurídica de este mecanismo, a partir de su consagración en la Carta Política de 1991, en el Decreto 2591 de 1991, junto con la concepción que la Corte Constitucional ha adoptado sobre el tema bajo mención, a través del examen de sus providencias. En segunda medida, se estudiará la posición doctrinal que diversos autores tienen con respecto a la naturaleza jurídica de la acción que se trabaja. En tercera medida, se diagnosticará el uso de este mecanismo en lo que concierne a la protección del Derecho Fundamental a la salud para el año 2015 en el país. Y en cuarta medida, se

identificará la existencia de otros mecanismos previstos dentro del sistema jurídico colombiano, que en teoría, resultan ser aptos para proteger el Derecho Fundamental a la salud en Colombia; por lo que, debería acudir a estos como primera opción antes que a la acción de tutela. Finalmente se presentarán de manera sucinta las conclusiones obtenidas con la investigación.

## Problema de investigación

¿Cómo se ha transformado la naturaleza jurídica residual y subsidiaria de la acción de tutela, durante el año 2015, para la protección del Derecho Fundamental a la salud en Colombia?

## Hipótesis

La naturaleza jurídica de la acción de tutela ha sufrido una notable variación, si se tiene en cuenta que esta fue consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo que sólo es procedente, de manera excepcional, para la protección de los Derechos Fundamentales; salvo las excepciones legales.

En esta medida, el carácter subsidiario y residual que ha caracterizado a la misma se ha tornado en preferente y alternativo, teniendo en cuenta el uso excesivo que la población ha dado a esta herramienta durante el año 2015, para la protección de la prerrogativa fundamental de la salud en Colombia; sin agotar de manera previa los demás mecanismos ordinarios que se encuentran destinados dicha protección.

## Metodología

La investigación presentada partió de un método de investigación lógico-dialectico, teniendo en cuenta la realidad cambiante y

continúa a la que se sujeta el objeto de estudio. Siguiendo esta directriz, en el primer acápite particularmente, se recurrió a una línea jurisprudencial, basada en el modelo planteado por Diego López Medina en su libro *“El derecho de los jueces”*; con la que se determinó cómo la Corte Constitucional caracterizó la naturaleza jurídica de la acción de tutela desde su adopción en la Constitución Política de 1991, hasta el presente año.

En el segundo acápite, se realizó un análisis cuantitativo de algunas estadísticas proporcionadas por la Defensoría del Pueblo, con las que se evidenció el número de tutelas interpuestas en Colombia para la defensa del derecho a la salud, estudiando puntualmente el comportamiento de la situación para el año 2015. Se eligió como referente este año, debido a que ostenta el número más alto de tutelas presentadas por los usuarios para exigir el amparo del Derecho Fundamental bajo mención, desde que esta institución procesal se consagró en la Constitución Política de 1991.

En el tercer acápite, se identificaron otro tipo de mecanismos diversos a la acción de tutela, que resultan ser idóneos para la protección del Derecho Fundamental a la salud en Colombia, contrastando mediante un método cualitativo los factores que contribuyen, en gran medida, a que el uso de la citada acción se imponga frente al uso de estos últimos.

Para ello, se acudió a un estudio realizado en el año 2013 durante el mes de agosto, por la Cámara de Comercio de Bogotá, el Ministerio de Justicia y el Banco Mundial, en el que se analizó la confianza y el uso sobre la acción de tutela en Colombia. Finalmente, se concluyó el aparte, con otros motivos adicionales que dan sustento al uso preferente que ostenta la acción bajo estudio en el país.

## Resultados

Atendiendo la perspectiva del presente documento es pertinente anotar que en *“el área del derecho constitucional es de reiterada mención el denominado Gobierno de los jueces o activismo judicial, para describir una serie de actividades desplegadas por los diferentes tribunales constitucionales desde los años veinte a la fecha”* (Rhenals, 2013, p.294)

En este sentido, se pudo evidenciar que la naturaleza jurídica de la acción de tutela ha sufrido una transformación, pues a pesar de haber sido concebida en el ordenamiento jurídico como una herramienta subsidiaria y residual, se ha tornado preferente, debido al uso masivo que de ella se realiza, situación que se hace aún más evidente cuando de la defensa del Derecho Fundamental a la salud se trata.

En Colombia para el año de 2015, se registraron 614.520 tutelas, la cifra más alta desde que esta institución se adoptó a través de la Constitución Política en el año 1991. Asimismo, por cada 10.000 habitantes en el país, se interpusieron 127.29 tutelas, y cada 51 segundos se interpuso una tutela en cualquier entidad territorial del país. De este total, 151.213 tutelas se relacionaron con la protección del derecho a la salud, siendo las entidades más tuteladas las Entidades Promotoras de Salud (EPS), por la prestación ineficiente o inexistente de servicios que estas llevan a cabo. Aunado a ello, la desatención de los otros medios de defensa que en teoría sirven al amparo el derecho a la salud, y las bondades con las que fue dotada la acción – celeridad e informalidad–, provocan que las personas la prefieran con relación a dichos medios.

Esta herramienta entonces no se utiliza subsidiariamente, pues la masividad de su empleo la sitúa como un mecanismo al que se recurre de modo principal.

## Naturaleza jurídica de la acción de tutela

Se habla de naturaleza jurídica de un instituto “*en el sentido de la estructura del mismo, es decir, el modo como es configurado por obra del derecho*” (Estévez, 1956, p. 16). Esclarecer esto es importante porque permite que se entienda aquello que va a estudiarse en este segmento.

Así, para dar respuesta a la pregunta sobre cuál es la naturaleza jurídica de la acción de tutela, es necesario relacionar las concepciones que sobre la materia existen, por lo que de seguido, se presentan estas desde el plano constitucional y legal, desde la visión jurisprudencial de la Corte Constitucional, y desde la noción doctrinal, para concretar este punto, con exactitud y precisión.

### Concepción constitucional y legal

La Constitución Política de 1991 trajo consigo importantes cambios en cuanto a la protección de Derechos Fundamentales se refiere, y tal vez el más importante, fue la introducción de una acción especial, cuyo origen se remonta al juicio de amparo mexicano, “que es una garantía constitucional que se difunde en toda América Latina, aunque con diferentes nombres: *mandado de segurança*, tutela o protección” (Rozo, 2006, p.116). Se trata de la acción de tutela, creada a través del artículo 86 de la Carta superior, el cual señala que la protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo, y el fallo que de ella deriva es de inmediato cumplimiento.

Asimismo, consagra que toda persona tiene acceso a esta para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de

un particular encargado de la prestación de un servicio público, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación e indefensión (Const., 1991, art. 86).

La acción se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario, y puede ser interpuesta directamente por el afectado, o por quien actúe en su nombre. Aunado a ello, no pueden transcurrir más de 10 días entre la solicitud de la tutela y su resolución. Así, una especie de informalidad y la celeridad que caracterizan a este instrumento, son sus atributos más singulares.

En cuanto a su procedencia, el mismo artículo la concibe como propicia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la utilice como un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Const., 1991, art. 86), lo que, como se explicará más adelante, ha sido interpretado como el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, debido a que solo tiene lugar ante la ausencia en el ordenamiento jurídico colombiano, de un mecanismo idóneo que sirva a la defensa o protección de los Derechos Fundamentales que se aducen como vulnerados, o excepcionalmente, si a pesar de la existencia de otras herramientas posibles para el amparo, esta se use para que se evite la ocurrencia o concreción de un perjuicio irremediable. Así, no es plausible que esta acción se entienda como otra alternativa entre los medios de defensa judicial posibles, o que se asuma como la primera opción frente a ellos.

De igual modo, el Decreto 2591 del año 1991 se encarga de desarrollar y reglamentar este mecanismo, y además de reiterar los eventos en los que esta resulta procedente, precisa las circunstancias en las que su ejercicio no resulta admisible, a saber:

1. Cuando existan otros medios de defensa judiciales, salvo si se usa como

- mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable;
2. Cuando para proteger el derecho pueda invocarse el habeas corpus;
  3. Cuando se pretende proteger derechos colectivos, salvo si se usa como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable;
  4. Cuando se esté en presencia de un daño consumado, excepto si la acción u omisión que lesiona el derecho todavía persiste;
  5. Cuando se trate de actos de naturaleza abstracta, general e impersonal (Decreto 2591, 1991, art. 6).

Los anteriores supuestos contribuyen a clarificar los límites de la procedencia de la acción, y a su vez, reiteran la naturaleza jurídica con la que esta fue consagrada por el constituyente: subsidiaria, residual y cautelar, y de ningún modo preferente o alternativa.

## Naturaleza jurídica de la acción de tutela- Desarrollo jurisprudencial

Para determinar la caracterización de la naturaleza jurídica de la acción de tutela desde el momento de su consagración en el ordenamiento jurídico, hasta el año 2017, se tomaron los pronunciamientos más relevantes sobre la materia emitidos por la Corte Constitucional, con el objetivo de determinar si el comportamiento del precedente sobre la naturaleza de este instrumento ha sido constante, contradictorio, o cambiante en algún punto. Es por esto, que para realizar un análisis sistemático del precedente se ha acudido a la elaboración de la línea jurisprudencial propuesta por Diego López, en la que se incluyen las soluciones que la jurisprudencia ha brindado, a través del planteamiento de un problema jurídico, que permita identificar e interpretar las dinámicas de varios pronunciamientos; seguido de la construcción de un esquema bipolar,

compuesto por dos decisiones extremas y algunas intermedias que siguen el curso trazado por alguna de estas dos.

En este orden de ideas, el problema jurídico que encabeza la línea jurisprudencial es el siguiente:

¿Cuál ha sido el carácter con el que la Corte Constitucional ha identificado la naturaleza jurídica de la acción de tutela?

Con el objetivo de resolver esta pregunta el esquema bipolar que se plantea está constituido por dos tipos de respuestas:

*Respuesta X:* La acción de tutela se ha concebido como un mecanismo de carácter subsidiario y residual al que las personas sólo deben acudir cuando se hayan agotado las demás instancias y recursos ordinarios que resulten idóneos para la protección de sus Derechos Fundamentales –salvo las excepciones contempladas en la ley-.

*Respuesta Y:* La acción de tutela se ha concebido como un mecanismo ordinario al que las personas acuden preferentemente para invocar la protección de sus Derechos Fundamentales vulnerados o amenazados.

Así, la línea jurisprudencial se graficará de la siguiente manera:

¿Cuál ha sido el carácter con el que la Corte Constitucional ha identificado la naturaleza jurídica de la acción de tutela?

Esta línea pone de manifiesto que la Corte Constitucional ha entendido a la acción de tutela como un instrumento constitucional, de carácter judicial, que permite la protección inmediata de los Derechos Fundamentales. En este sentido, la corporación ha reconocido, en todas las ocasiones, el carácter subsidiario y residual que caracteriza a esta acción, lo cual quiere significar que la misma sólo es procedente: cuando el solicitante no cuente con otros medios de defensa judiciales; cuando se

<p>La acción de tutela se ha concebido como un mecanismo de carácter subsidiario y residual al que las personas sólo deben acudir cuando se hayan agotado las demás instancias y recursos ordinarios que resulten idóneos para la protección de sus Derechos Fundamentales –salvo las excepciones contempladas en la ley–.</p>	<p>C-543/1992 (Hernández) T-448/1993 (Martínez) T-431/1994 (Hernández) T-533/1995 (Arango) T-640/1996 (Naranjo) T-554/1997 (Hernández) T-697/1998 (Cifuentes) T-871/1999 (Barrera) T-203/2000 (Morón) T-439/2001 (Montealegre) T-938/2002 (Araujo) T-982/2003 (Córdoba) T-965/2004 (Sierra) T-760/2005 (Sierra) T-851/2006 (Escobar) T-983/2007 (Araujo) T-951/2008 (Araujo) T-211/2009 (Vargas) T-202/2010 (Sierra) T-177/2011 (Mendoza) T-545/2012 (Guillén) T-241/2013 (Vargas) T- 440/2014 (Mendoza), T-529/2015 (Calle) T-150/2016 (Mendoza) T- 137/2017 (Ortiz)</p>	<p>La acción de tutela se ha concebido como un mecanismo ordinario y alternativo al que las personas acuden preferentemente para invocar la protección de sus Derechos Fundamentales vulnerados o amenazados.</p>
--	---	---

pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, aun existiendo otros mecanismos para la protección; o cuando los demás medios de defensa judicial no resulten idóneos o eficaces para el amparo inmediato y pleno de los Derechos Fundamentales invocados (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-150, 2016).

Es por esto, que el carácter subsidiario de la acción de tutela impone en cabeza del solicitante el deber de agotar todas las instancias y medios ordinarios que resulten adecuados para la defensa del derecho amenazado o vulnerado, antes de acudir a esta; puesto que, la acción de tutela no es un medio adicional o alternativo que sea pasible de escoger a voluntad del solicitante.

*La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que*

*sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-543, 1992, p. 14)*

## Desarrollo doctrinal

Para examinar el carácter esencial de la acción de tutela, resulta importante resaltar los rasgos característicos que, según la doctrina, la hacen ser un medio único, y no otro tipo de instituto procesal. Sobre este punto, González (2009) ha aseverado que la acción de tutela fue concebida en el ordenamiento jurídico

colombiano como una verdadera garantía y derecho, producto de la consolidación del Estado Social de Derecho, siendo esta un mecanismo al que se le ha otorgado una naturaleza especial:

*Para el Constituyente primario su consagración como instrumento ágil y eficaz en la protección de los derechos, tuvo la finalidad de establecerla como un verdadero derecho de los ciudadanos, quienes pueden acceder a ella para la protección judicial efectiva de los Derechos Fundamentales; es decir que no se trata de una mera acción judicial, pues su carácter le confiere una naturaleza especial conforme a la cual tiene un trámite preferencial y sumario. (p. 21)*

De manera más detallada, ha afirmado Correa (2009a) que este instrumento es una acción autónoma que se diferencia de los demás mecanismos procesales, concediéndosele la naturaleza de acción, y no de proceso ni de recurso. Al respecto señala:

*La acción de tutela es una acción, en atención a los criterios formales y materiales. Según el criterio formal, fue el propio constituyente de 1991 el que en el artículo 86 de la Carta definió la tutela como una acción (...) Según el criterio material, la acción de tutela es el derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, para provocar el movimiento jurisdiccional del Estado. (p. 32)*

Este autor, plantea además una serie de aristas, que permiten identificar la naturaleza de la tutela, siendo considerada esta: una acción constitucional, en cuanto que se consagra en la Constitución, y en cuanto protege derechos constitucionales y no de inferior rango; “*un mecanismo judicial, es decir, se tramita ante el juez de la República, que pertenece a la Rama Judicial del poder público*” (Correa, 2009b, p. 36); una acción preventiva ya que “*la finalidad de la acción es proteger los derechos constitucionales fundamentales cuando fueren vulnerados*

*o amenazados*” (Correa, 2009c, p. 37); y una acción subsidiaria, debido a que “*opera únicamente a falta de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trata de la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable.*” (Correa, 2009d, p. 39)

Es así, como Correa pone de presente que la acción de tutela, desde su consagración en la Constitución Política de 1991, se ha constituido como un instrumento único con un carácter específico de defensa, capaz de brindar una protección inmediata a los ciudadanos al provocar el movimiento jurisdiccional del aparato estatal. Asimismo, el autor estima que la tratada acción es una medida subsidiaria, lo que da a entender que esta posee un uso restrictivo, cuyo objetivo es el de respetar de manera prevalente el ámbito de acción y defensa que los demás mecanismos ordinarios poseen para el amparo de una causa específica; pues el ámbito de protección de estos puede confluir con el que ejerce la acción de tutela, y en estos casos debe acudirse previamente a los primeros antes que a esta última.

Por otra parte, ha manifestado Quinche (2015) que la acción de tutela:

*Se trata de una acción constitucional de carácter judicial establecida por la Carta Política de 1991, cuyo objetivo central es proteger de modo inmediato los Derechos Fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo el caso de configuración de perjuicio irremediable, en el cual podrá operar la acción como mecanismo transitorio. (...) el carácter subsidiario de la acción de tutela, quiere decir, que está subordinada al agotamiento del medio ordinario de defensa por el accionante, o a su inexistencia. (pp. 330, 341)*

En este orden de ideas, se desprende de lo afirmado por Quinche que la acción de amparo al poseer un carácter subsidiario, no pretende

reemplazar los medios ordinarios de defensa. En tal sentido, la misma no puede constituirse como una vía alternativa que subsane el descuido de quien no acudió prudentemente a los medios ordinarios que sean idóneos para la salvaguarda de sus Derechos Fundamentales; sino que, esta acción solo es procedente si el accionante ya ha agotado los demás mecanismos destinados para el amparo invocado, o cuando no exista otro medio ordinario dotado de eficacia para lograr el mencionado fin; con la salvedad del caso en el que la tutela opera como mecanismo transitorio.

Del mismo modo, Botero (2006) ha concebido a este mecanismo como una acción constitucional, judicial, subsidiaria, y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares, destacando entre las funciones de esta acción: la de protección residual y subsidiaria de los derechos constitucionales fundamentales.

Al tenor, la acción de tutela ha surgido no solamente como una obra del legislador, sino también por las necesidades prácticas que demanda la sociedad colombiana. Así, esta herramienta se ha constituido como una garantía capaz de materializar las prerrogativas inherentes a los individuos, frente a las vulneraciones o posibles amenazas de una autoridad pública o de un determinado particular. No obstante, el carácter de residualidad y subsidiariedad que caracteriza a la misma, hace que su aplicación no proceda de manera preferente en todos los casos, sino que es menester agotar el conducto de las demás acciones que resulten idóneas para la salvaguarda de los derechos vulnerados o amenazados. Sobre la subsidiariedad de la tutela Cifuentes (1997a) ha manifestado que:

*La acción de tutela, en primer término, es procedente si el afectado no dispone de otro*

*medio de defensa judicial. Desde este punto de vista la acción tiene el carácter de subsidiario. No obstante, no se puede descartar la procedencia de la acción por el solo hecho de que en el ordenamiento se contemple una determinada acción o vía judicial para solicitar la protección de un Derecho Fundamental. Se requiere, como lo ha sostenido la Corte y lo prescribe el Decreto 2591 de 1991, que el medio alternativo sea idóneo y eficaz atendidas las circunstancias en las que se encuentre el demandante. (p. 170)*

Lo expresado en líneas anteriores permite dilucidar, que diversos autores han sentado puntos en común en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la acción de tutela. En efecto, han considerado a este instrumento como una acción de índole judicial, constitucional y autónoma, que pretende garantizar de manera efectiva el amparo de los Derechos Fundamentales. Paralelamente subrayan que este medio se caracteriza por ser de **índole** subsidiaria, pues procede únicamente en ausencia de otros mecanismos destinados para el mismo propósito, salvo que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo cual quiere significar, que los Derechos Fundamentales no son una cuestión que haya sido destinada de manera singular a la acción de amparo, sino que, se debe entender que la Carta Política ha consagrado otro tipo de mecanismos judiciales que son idóneos para la protección de los citados derechos.

Por ello, se encuentra en cabeza de la población acudir de manera prevalente a los medios ordinarios, si se tiene en cuenta que la tutela no puede convertirse en una vía alternativa, dado que, su finalidad no es la de sustituir a estos medios, sino que es la de actuar como *ultima ratio* frente a la amenaza o vulneración de los Derechos Fundamentales –exceptuando la mencionada salvedad-, pues su naturaleza como lo ha establecido la Carta Política, es subsidiaria.

## La acción de tutela y el Derecho Fundamental a la salud

Desde la expedición de la Constitución Política del año 1991, la noción del derecho a la salud en Colombia ha sufrido diversos cambios, que son el producto de tres importantes desarrollos dentro de la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional al respecto: El que concibe el derecho a la salud como derecho prestacional que en principio, no se considera fundamental, por lo que no puede pretenderse su protección en sede de tutela; El que se refiere al derecho a la salud como un Derecho Fundamental en virtud de su conexidad con otros Derechos Fundamentales, exigible solo bajo ese supuesto por vía acción de tutela; y por último, aquel que entiende el derecho a la salud como un Derecho Fundamental autónomo a la salud, cuya defensa puede ser solicitada de modo directo a través de la acción de tutela.

En la primera tesis, la Corte sostiene que el derecho a la salud “tiene un doble carácter en tanto que debe ser considerado, por regla general, como un derecho de carácter prestacional y solo excepcionalmente como Derecho Fundamental” (Arbeláez, 2006, p. 194). Así, según este planteamiento, el derecho a la salud no es un considerado como un Derecho Fundamental, por lo que no puede requerirse su amparo a través de la acción de tutela. Como ejemplo de esta concepción pueden apreciarse la sentencia T- 576 de 1994, la sentencia SU-111 de 1997, y la T-406 de 2001. Según este planteamiento, la excepcionalidad de su carácter fundamental se presenta solo en los eventos en los que exista conexidad entre esa demanda prestacional y un Derecho Fundamental autónomo, como la vida y la dignidad humana, que en la práctica, para la Corporación eran escasos.

En la segunda tesis, la Corte realiza una “interpretación sistemática de las cláusulas que consagran el Estado social de Derecho y la dignidad humana como principios que exigen

el cumplimiento de una serie de obligaciones tendientes a la realización progresiva de los derechos sociales de prestación” (Arbeláez, 2006, p. 194). Así, a través de este razonamiento, se arguye que bajo la figura de la conexidad, es admisible que los derechos sociales de prestación puedan ser exigibles a través de la acción de tutela, en aquellos casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son determinantes, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de ellos-como la salud-, implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial -como la vida-. Este criterio se evidencia con claridad en la sentencia T-406 de 1992, considerada como la sentencia hita en este sentido, y cuyos planteamientos se reprodujeron en numerosas sentencias.

La última tesis, que toma más fuerza con la expedición de la Sentencia T-706 de 2008, es la que se refiere al reconocimiento por parte de la Corte, del derecho a la salud como Derecho Fundamental autónomo, arguyendo que resulta artificioso tener que recurrir a la estrategia de la conexidad para protegerlo, pues se tiene como fundamental “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y que sea traducible en un derecho subjetivo” (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-859, 2003), tal como sucede con el derecho a la salud (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión T-706, 2008). Es con esta última posición con la que queda claro que el Derecho Fundamental a la salud resulta exigible por vía directa a través de la acción de tutela, y además, es esta tesis la vigente.

Ahora bien, es preciso señalar que el reconocimiento de fundamentalidad de un derecho no implica, per se, que todos los aspectos cobijados por éste sean tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, y segundo, porque la posibilidad de exigir el

cumplimiento de las obligaciones derivadas de un Derecho Fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión T-706, 2008).

Lo anterior quiere decir que a pesar de que un asunto entrañe la garantía de un Derecho Fundamental, debe efectuarse el análisis particular sobre la procedencia de esta herramienta constitucional, verificando que se cumplan con los supuestos que implica su uso, y no dando por sentado su admisibilidad por ese único hecho.

### Uso de la acción de tutela para la protección del Derecho Fundamental a la salud

Los criterios de procedencia de la acción de tutela se desdibujan cuando se habla del derecho a la salud, porque incluso aun cuando los usuarios agotan los demás mecanismos e instrumentos consagrados en el ordenamiento jurídico para hacer efectivo el Derecho Fundamental que consideran vulnerado, estos resultan ineficaces, y entonces, acudir a esta herramienta de amparo se convierte en una imperiosa necesidad, tal como se explicará más adelante.

Por la vía de las excepciones, la tutela procede como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o porque los otros medios de defensa no resultan idóneos para la protección del derecho a la salud; pero la realidad indica que la excepción se ha vuelto la regla general, y el uso masivo de la herramienta da cuenta de ello.

Para ilustrar esta situación, en esta sección se adjuntan varias gráficas que muestran el empleo de la acción de tutela en general, y en específico, cuando compete al amparo del Derecho Fundamental a la salud, a través de

las que pretende encontrarse como común denominador el factor de la masividad, criterio que da cuenta del carácter preferencial que ha adquirido este mecanismo. Se utilizará entonces el indicador “número de tutelas interpuestas por cada 10.000” habitantes o afiliados, según sea el caso.

La primera de estas gráficas evidencia el registro de tutelas en Colombia, entre el periodo de 1992 hasta el año 2015, por cada 10.000 habitantes, y el porcentaje de crecimiento anual respecto de su uso:

Registro de las tutelas en Colombia.  
Periodo 1992-2015

Año	Nº Tutelas	Crecimiento anual	Nº de tutelas por cada 10.000 habitantes	Crecimiento anual %
1992	10.732		3,2	
1993	20.181	88,05	5,57	84,48
1994	26.715	32,38	7,25	30,03
1995	29.950	12,11	7,99	10,28
1996	31.248	4,33	8,21	2,70
1997	33.663	7,73	8,71	6,15
1998	38.248	13,62	9,76	12,03
1999	86.313	125,67	21,72	122,56
2000	131.764	52,66	32,70	50,52
2001	133.272	1,14	32,65	-0,14
2002	143.887	7,96	34,82	6,62
2003	149.439	3,86	35,71	2,57
2004	198.125	32,58	46,76	30,95
2005	224.270	13,20	52,29	11,82
2006	256.166	14,22	59,02	12,86
2007	283.637	10,72	64,57	9,41
2008	344.468	21,45	77,50	20,01
2009	370.640	7,60	82,41	6,34
2010	403.380	8,83	88,64	7,56
2011	405.359	0,49	88,04	-0,68
2012	424.400	4,70	91,13	3,51
2013	454.500	7,09	96,45	5,84
2014	498.240	17,40	104,54	14,71
2015	614.520	23,34	127,49	21,95
Total	5.313.117			

Fuente: (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 126)

Estas cifras señalan que para el año de 2015, el crecimiento en el uso de la acción de tutela –en general- es igual al 21, 5%, y que por cada 10.000 habitantes en el país, 127.49 se interponen.

Como dato adicional, llama la atención el hecho de que “*cada 51 segundos se interpone una tutela en cualquier entidad territorial del país*” (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 127); números alarmantes que demuestran la intensidad con la que se recurre a la acción de tutela para la defensa de los Derechos Fundamentales, y que consecuentemente, contrarían la residualidad propia de esta acción, situándola como preferente

Ahora bien, en cuanto a las tutelas de salud, de seguido se adjunta una tabla que muestra el contraste entre el total de las tutelas interpuestas en cada año, con la participación de las tutelas en salud en ellos, y el porcentaje de crecimiento anual, desde el año de 1999, hasta el 2012:

Participación de las tutelas en salud.  
Periodo 1999-2015.

Año	Tutelas		Participación salud %	Tasa de crecimiento anual%	
	Total	Salud		Total	Salud
1999	86.313	21.301	24,68		
2000	131.764	24.843	18,85	52,66	16,63
2001	133.272	34.319	25,75	1,14	38,14
2002	143.887	42.734	29,70	7,96	24,52
2003	149.439	51.944	34,76	3,86	21,55
2004	198.125	72.033	36,36	32,58	38,67
2005	224.270	81.017	36,12	13,20	12,47
2006	256.166	96.226	37,56	14,22	18,77
2007	283.637	107.238	37,81	10,72	11,44
2008	344.468	142.957	41,50	21,45	33,31
2009	370.640	100.490	27,11	7,60	-29,71
2010	403.380	94.502	23,43	8,83	-5,96
2011	405.359	105.947	26,14	0,49	12,11
2012	424.400	114.313	26,94	4,70	7,90
2013	454.500	115.147	25,33	7,09	0,73
2014	498.240	118.281	23,74	9,62	2,72
2015	614.520	151.213	24,61	23,34	27,84
Total	5.122.380	1.474.505	28,79		

Fuente: (Defensoría del pueblo, 2016, p. 145)

Estas cifras, al igual que las anteriores, plasman el uso frecuente de la acción de tutela, pero en específico de la tutela de salud, demostrando que uno de los picos más altos respecto de este es el que corresponde al periodo de 2008; situación que podría deberse al pronunciamiento contenido en la Sentencia T-760 de ese año, que contribuyó a que el uso de la acción de tutela para la protección del ahora Derecho Fundamental a la salud creciera significativamente, pues hasta antes del 2015, el 2008 era el año con el mayor número de tutelas interpuestas para la exigencia de servicios de salud -33, 31%- en relación con el año 2007 (Defensoría del Pueblo, 2016).

El otro de los puntos altos -el mayor de la serie- es el que corresponde al periodo de 2015. A pesar de que en este año se expide la Ley Estatutaria de la Salud, con la que se reitera que la calidad del derecho a la salud es la de fundamental e incluso se sitúa a este como un derecho de primer orden, la conocida crisis institucional y financiera acumulada del sector salud en Colombia se hizo mucho más evidente. De acuerdo al informe “La Tutela y los Derechos a la Salud y a la Seguridad Social” de la Defensoría del Pueblo (2016), este año ostenta el número más alto de tutelas presentadas por los usuarios para exigir el amparo del Derecho Fundamental a la salud desde que esta institución procesal se consagró en la Constitución Política de 1991 con 151.213. En consecuencia, es este el año que de mejor modo ejemplifica el sobre-empleo de la acción de tutela, fenómeno que como se ha reiterado, contribuye a la alteración de la que se habla.

Aterrizando el análisis de la tutela de salud a los departamentos, a continuación se anexa una tabla que señala el número más alto que de ellas se interpone por cada 10.000 habitantes, en el periodo de 2014 a 2015, en tres departamentos en específico.

Número de tutelas en salud por cada 10.000 habitantes, según departamento, periodo 2014-2015.

	2014	2015	Variación %
	N° Tutelas X 10.000 Habitantes	N° Tutelas X 10.000 Habitantes	
Caldas	83,42	96,09	15,19
Risaralda	49,25	66,24	34,51
Quindío	46,51	65,12	40,03

Fuente(defensoria del Pueblo)

Estos números sitúan a Caldas como el departamento con el mayor indicador anteriormente reseñado, pues de cada 10.000 habitantes se interponen 96,09 acciones de tutela para proteger el derecho a la salud; de seguido se encuentra el departamento de Risaralda, con 66,24 tutelas de salud por cada 10.000 habitantes; y en tercer lugar, se posiciona el departamento del Quindío con 65,12 tutelas de salud por cada 10.000 habitantes. Son estos tres lugares los que en mayor medida reflejan la variación bajo estudio.

Debe precisarse que no todas las acciones de tutela que exigen el amparo al Derecho Fundamental a la salud tienen un contenido uniforme,

pues las solicitudes varían: se reclaman desde tratamientos médicos, medicamentos, prótesis, órtesis e insumos médicos, cirugías, imágenes diagnósticas, exámenes paraclínicos, procedimientos hasta trámites tan simples como el de la asignación de citas médicas.

La gráfica anexa de seguido, muestra cuáles son las solicitudes más frecuentes en las acciones de tutela que reclaman la correcta prestación de los servicios de salud arriba señalados o el simple acceso a los mismos, para el periodo 2014 -2015:

Es evidente entonces que la petición más frecuente dentro de las tutelas de salud está vinculada con los tratamientos médicos, seguida por la de los medicamentos, es decir, son estos dos servicios los que se prestan con mayor deficiencia o los que en diversas ocasiones resultan inaccesibles para los pacientes en el país. Llama la atención también el hecho de que el 11, 34% del total de las tutelas de salud -lo que equivale a 34.005-, se relacionen con la no asignación de citas médicas, siendo este uno de los trámites que debería estar entre los más sencillos, por constituir el servicio básico e inicial para el acceso a los demás servicios

Solicitudes mas frecuentes en las tutelas de salud, periodo 2014-2015

	2014		2015		Variación
	N° solicitudes	Part. % solicitudes	N° Tutelas solicitudes	Part. % Solicitudes	
Tratamientos	55.799	23,90	76.899	25,64	37,81
Medicamentos	37.621	16,11	51.795	17,27	37,68
Prótesis, Órtesis e insumos médicos	23.903	10,24	34.140	11,38	42,83
Citas médicas	29.038	12,44	34.005	11,34	17,11
Cirugías	22.308	9,55	28.324	9,44	26,97
Imágenes diagnósticas	12.654	5,42	17.020	5,68	34,50
Exámenes paraclínicos	10.716	4,59	8.310	2,77	-22,45
Procedimientos	2.841	1,22	2.715	0,91	-4,44
Otras relacionadas con el sistema	31.830	13,63	41.667	13,89	30,90
Otras	6.763	2,90	5.030	1,68	-25,62
Total solicitudes	233.473	100,00	299.905	100,00	28,45
Total tutelas en salud	118.281		151.213		27,84

Fuente: (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 177)

## Tutelas en salud según tipo de entidad demandada. Periodo 2014-2015.

	2014		2015		Variación %
	Nº Tutelas	Part. %	Nº Tutelas	Part. %	
Entidades Prestadoras de Salud -EPS-	96.968	81,88	125.176	82,42	29,09
Entes Territoriales	4.756	4,02	6.010	3,96	26,37
Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-	3.890	3,28	5.765	3,08	48,20
Regímenes de excepción	2.946	2,49	3.602	2,37	22,27
Inpec/Penitenciarias	2.065	1,74	2.140	1,41	3,63
Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- y Aseguradoras	1.322	1,12	1.917	1,26	45,01
Administradoras de Fondos de pensiones -AFP-	1.251	1,06	1.490	0,98	19,10
Empresas de servicios Públicos y Telefonía celular	406	0,34	404	0,27	-0,49
Empresa de Medicina Prepagada	250	0,21	311	0,20	24,40
Otras entidades	4.574	3,86	5.065	3,33	10,73
Total	118.428	100,00	151.880	100,00	28,25

Fuente: (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 162).

de salud. La masividad en este punto cobra mayor significado, pues los anteriores trámites debieran poder llevarse a cabo exitosamente a través de otros mecanismos, como el derecho de petición, para que la acción de tutela tuviese que operar solo en casos excepcionales, y no de manera preeminente como lo demuestra la tabla.

La elevada e histórica cifra de acciones de tutela que solicitan la protección al Derecho Fundamental a la salud presentadas en el año 2015, se debe además a que las Entidades han tomado como costumbre no responder a los requerimientos de los usuarios o dilatar su respuesta, y aunque no puede generalizarse, esta situación es usual, por lo que los ciudadanos tienden a recurrir a instancias judiciales aun en circunstancias en las que ello no debiera ser necesario. De seguido se muestra una tabla en la que aparecen las entidades más tuteladas cuando de exigir el derecho a la salud se trata:

La tabla revela que para el año de 2015, las Entidades Prestadoras de Salud son las más tuteladas, pues del total de las tutelas de salud interpuestas en el país, a estas corresponde el, 82,41%, es decir de 151.213, 125.176 se

dirigen en su contra. Las anteriores cifras, aunque alarmantes, no sorprenden, pues como es conocido por buena parte de los colombianos, con el modelo creado a través de la Ley 100 de 1993, se decidió que el sistema de salud quedase bajo la administración de un intermediario financiero llamado asegurador (Hernández, 2012), que no es otro que las conocidas EPS. Así un privado tiene a su cargo todo el proceso de organización y en últimas de prestación y acceso final de los servicios de salud.

Por ser los administradores del sistema, tienen a su cargo el manejo de los recursos con destinación específica a la salud, y esta potestad es la que ha facilitado los numerosos casos de desvío de estos recursos, y en general, el desfalco al sector de la salud en el país. El caso de Saludcoop EPS en liquidación es uno de ellos, en el que Carlos Palacino, ex presidente de la entidad, fue sancionado por la Contraloría por haber desviado 1,4 billones de pesos (Semana, 2013). Dicha circunstancia implica que los dineros para el sector son escasos, por lo que consecuentemente, estas entidades efectúan una deficiente o nula prestación de

servicios. Ese proceder vulnerador constituye una de las principales causas que originan el uso masivo de la acción de tutela para el amparo del Derecho Fundamental a la salud, lo que a su vez incide en la desfiguración de su carácter.

El último gráfico a analizar, es precisamente aquel que refleja el número de tutelas interpuestas por cada 10.000 afiliados en varias entidades promotoras de salud del país:

Tutelas en salud por cada 10.000 afiliados en las diferentes EPS. Periodo 2014-2015.

	2014	2015	Variación %
Cooameva	43,60	45,26	3,81
La Nueva EPS	47,97	44,46	-7,33
Servicio Occidental de Salud S.O.S	33,41	43,17	29,23
Comfama/Alianza Medellín Savia	26,56	42,64	60,54
Salucoop	29,72	39,79	33,54
Caprecom	31,28	39,46	26,14
Cafesalud	30,00	39,30	31,01

Fuente: (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 167).

Esta última tabla deja ver que Coomeva tiene el número más elevado con relación al indicador propuesto, pues para el año 2015, de cada 10.000 afiliados a esta, se interpusieron 45.26 tutelas, circunstancia que de ningún modo significa que se haga uso de la tutela para defender el derecho a la salud subsidiariamente. Muy al contrario, el indicador es alto en alrededor de 16 de estas entidades, lo que permite sostener que la consideración particular de las tutelas de salud en las EPS a nivel nacional, refleja con mayor contundencia esa utilización masiva por parte de las personas.

Puede colegirse de lo examinado con anterioridad, que el indicador de “número de tutelas por cada 10.000” habitantes en el país, en los departamentos, así como también por afiliados en cada EPS, constata que la masividad en el uso

de la acción de tutela en general, y de las tutelas en salud en específico, es un hecho. Este instrumento se ha convertido en un mecanismo de alto empleo para proteger el derecho a la salud en Colombia, idea que encuentra asidero en el correspondiente alto nivel de vulneración del derecho, por la prestación incorrecta o inexistente de los servicios que con él se relacionan. En este sentido, la naturaleza jurídica de la acción de tutela que es subsidiaria, empieza a transformarse, porque a pesar de estar concebida como residual, su habitual utilización la torna preferente.

## Otros mecanismos destinados a la protección del Derecho Fundamental a la salud en Colombia

El reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud –como se trató con anterioridad–, permitió que esta prerrogativa fuera pasible de protección mediante la acción de tutela. A pesar de ello, cabe advertir que el ordenamiento jurídico colombiano tiene previstos otro tipo de mecanismos para el amparo del derecho bajo mención, entre los que se resaltan el derecho de petición y la acción de grupo.

### El derecho de petición

El ejercicio del derecho de petición es adecuado para lograr la efectividad de otros Derechos Fundamentales, como el derecho a la salud, puesto que, les permite a los individuos la interacción con las autoridades públicas o con determinados particulares, como los que prestan los servicios de salud; al ser elevada la consulta, petición de información, queja, reclamo, o la solicitud de interés; que contará con una resolución clara, oportuna, completa y de fondo (Ley 1755, 2005 art. 13).

De esta forma, el referido medio de defensa judicial se torna como una facultad esencial que

permite solicitar a toda persona la protección del derecho a la salud, ya sea por su carácter de prerrogativa o por su carácter de servicio público, si se tiene en cuenta que este se ha concebido con esa doble naturaleza, como lo reiteró la Corte Constitucional, en Sentencia T-121 del año 2015. En tal sentido, se ha considerado que el derecho de petición es idóneo para la defensa del tratado derecho esencial, pues protege la amenaza del mismo o permite su restablecimiento en el evento en el que sea transgredido por parte de cualquier autoridad pública o particular.

Es necesario advertir que a pesar de tal consagración, en Colombia existe una sistemática vulneración del derecho de petición, pues el mismo fue el más invocado mediante la acción de tutela para el año 2015, como se observará a continuación; representando el 46,83% de participación sobre el número total de tutelas interpuestas en el país. De igual forma, se resalta que el mismo tuvo un incremento del 27.84% en comparación con el año inmediatamente anterior, al ser tramitadas 287.770 tutelas por los jueces; lo que da cuenta, que las solicitudes de interés elevadas ante las autoridades públicas o ante particulares no son respondidas de manera clara, oportuna, completa y de fondo, o dentro del término legal debido.

	2014		2015		Valoración %
	Nº Tutelas	Part en Tutelas %	Nº Tutelas	Part en Tutelas %	
Petición	258.504	51,88.	287.770	46,83	11,32
Salud	118.281	23,74	151.213	24,61	27,84

Fuente: Defensoría del pueblo

Así las cosas, es posible afirmar que a pesar de que las personas cuentan con otros medios de defensa judicial como el derecho de petición, que resulta ser un instrumento idóneo

para el amparo del Derecho Fundamental a la salud, cuando no se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; este es poco recurrido y no tiene acogida dentro de la población, al ser el principal motivo por el que se invoca la acción de tutela en Colombia; ya que, el sistemático desconocimiento del primero genera un ambiente de desconfianza sobre el uso que este tiene para la protección del segundo.

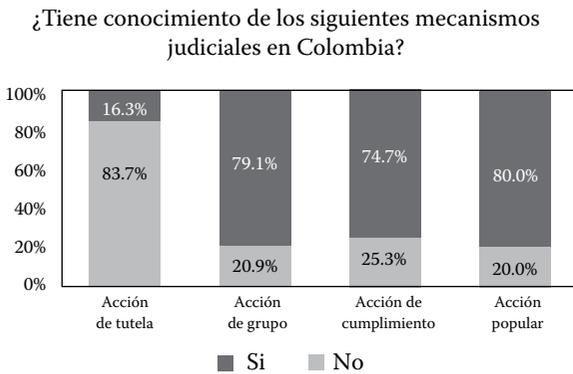
Este fenómeno, por consiguiente, da cuenta de la alteración que el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela está sufriendo, pues esta acción no está procediendo de manera supletiva y excepcional, debido a que, los interesados no están poniendo en marcha los demás instrumentos ordinarios contemplados en la ley para el amparo del Derecho Fundamental a la salud, como el derecho de petición. Así, la desconfianza que el uso de este mecanismo suscita por sufrir una amplia transgresión, provoca que las personas acudan de manera preferente a la acción de tutela para salvaguardar no sólo su Derecho Fundamental a la salud, sino también su Derecho Fundamental de petición.

## La acción de grupo

Por su parte, la acción de grupo es un mecanismo de raigambre constitucional que se ha concebido con la finalidad de obtener el amparo efectivo y adecuado de los derechos e intereses de índole colectiva (Constitución Política, art. 88). De esta forma, se precisa que a través de esta acción se puede proteger la prerrogativa esencial de la salud, al poder solicitar al operador judicial que declare la responsabilidad patrimonial del Estado junto con la correspondiente indemnización de perjuicios, cuando con ocasión del desconocimiento de la prestación oportuna y adecuada de los servicios de salud, se genere un daño a un determinado grupo de personas, siempre que

este sea producto o consecuencia de una misma causa para cada individuo.

A pesar de estas atribuciones se debe hacer énfasis en que la acción de grupo no suele ser utilizada para la defensa del Derecho Fundamental de la salud, si se tienen en cuenta los bajos índices de conocimiento que sobre la misma posee la población. Sobre el particular, cabe resaltar el estudio realizado en el año 2013 durante el mes de agosto, por la Cámara de Comercio de Bogotá, el Ministerio de Justicia y el Banco Mundial, en el que se realizó un sondeo entre 5.866 personas de distintos grupos poblacionales y de 14 ciudades diferentes del país; de donde se obtuvo lo siguiente:



Fuente: Cámara y Comercio de Bogotá de Justicia - Banco Mundial. (2013). Encuestas Nacional de Necesidades Jurídicas.

\*Pregunta aplicada únicamente a aquellos encuestados que afirmaron haber tenido un desacuerdo o conflicto (43%), entre las 1.103 personas sondeadas clasificadas como “población en general”

Al examinar los resultados, se logró concluir que la acción de tutela es el instrumento que comúnmente utilizan las personas para amparar sus Derechos Fundamentales, teniendo esta un considerable reconocimiento y aceptación dentro de la población nacional. A su vez, es notorio, que los niveles de conocimiento relacionados con los demás mecanismos jurídicos como la acción de grupo, la acción de cumplimiento y la acción popular,

son muy bajos; lo que permite aseverar que “la falta de conocimientos obstaculiza el acceso a la justicia, al menos de algunos grupos poblacionales. Los niveles de conocimiento acerca de los diferentes mecanismos jurídicos -aparte de la tutela- son muy bajos.” (Cámara de Comercio de Bogotá, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, 2013, citado por Corporación Excelencia en Justicia, 2013, párr. 5).

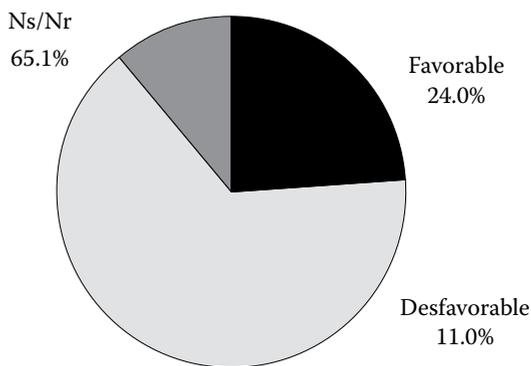
En efecto, aunque la acción de grupo sea un medio idóneo para el amparo del Derecho Fundamental a la salud de un número plural de individuos o de un conjunto de personas, este no resulta ser un instrumento acogido por la población para la protección de la mencionada prerrogativa; teniendo en cuenta que el mismo es desconocido por un amplio sector de la sociedad. Así, para el año 2013 sólo un 20,8% de la población sondeada por la Cámara de Comercio de Bogotá, el Ministerio de Justicia y el Banco Mundial, tenía conocimiento sobre la existencia de este mecanismo; lo que produce que su utilización sea mínima.

Esto significa, una alteración en el carácter supletivo y subsidiario que es propio de la acción de tutela, pues en el evento en el que se ocasione un daño con origen común, que desconozca el Derecho Fundamental a la salud de un grupo determinado de personas –salvo el caso en el que se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable-; existe la tendencia generalizada de acudir, en primera medida, a la acción de tutela sin agotar los demás mecanismos destinados para la misma protección. Lo que obedece a los altos niveles de conocimiento que sobre la primera se poseen, *contrario sensu* a los bajos niveles de conocimiento que se tiene sobre los demás mecanismos.

## Razones adicionales por las que el uso de la acción de tutela se impone frente al uso de estos mecanismos

Sobre este punto, es importante destacar el estudio que se reseñó en el aparte inmediatamente anterior, pero acudiendo a la siguiente gráfica:

¿Tiene Usted una opinión favorable o desfavorable del uso de la acción de tutela?



Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá - Ministerio de Justicia - Banco Mundial (2013), Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas.

\*Pregunta aplicada únicamente a aquellos encuestados que afirmaron haber tenido un desacuerdo o conflicto (43%), entre las 1.103 personas sondeadas clasificadas como "población en general"

Como se logra observar, la opinión favorable que de manera significativa tiene la población con respecto al uso de la acción de tutela, incide de manera directa en el uso masivo que a esta se le da. Aunque general, este factor contribuye a que de manera preferente se acuda a la acción de tutela para la protección del Derecho Fundamental a la salud, a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial –salvo la mencionada excepción–; lo que raya con el carácter de subsidiariedad característico de la misma, pues:

*La Corte ha manifestado de forma reiterada que acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce*

*que los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los Derechos Fundamentales (...) desconocer la prevalencia de ésta desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los Derechos Fundamentales y vulnera el debido proceso. (Sala Novena de Revisión, Corte Constitucional, T-241, 2013)*

Se advierte además, que la acción de amparo al ser informal, sumaria, gratuita e inmediata, se convierte en el medio al que por excelencia se acude para la protección de los Derechos Fundamentales, incluido el derecho a la salud; aun sin acudir a las acciones y recursos ordinarios que el ordenamiento jurídico destina para la misma protección. Esto teniendo en cuenta, que la acción de tutela no requiere de formalismos, posee un trámite ágil –que tan sólo dura 10 días, en comparación con la acción de grupo, cuyo trámite puede durar varios meses, y el derecho de petición que por regla general se resuelve 15 días siguientes a su recepción, salvo casos especiales–; además de poseer un proceso fácil; razones que la ponen como una herramienta al alcance de cualquier persona. Así:

*“La Constitución ordena que el procedimiento que corresponda a esta acción sea preferente y sumario (...) La acción de tutela, regulada en el artículo 86 de la C.P., así tenga carácter subsidiario frente a las acciones ordinarias, constituye el principal y más efectivo medio de protección de los Derechos Fundamentales.”* (Cifuentes, 1997b, p. 165)

## Conclusiones

Conforme a la exposición precedente, es posible concluir que la acción de tutela es un mecanismo destinado a la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de

cualquier autoridad pública o de un particular encargado de la prestación de un servicio público, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación e indefensión.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica esta ha sido concebida tanto constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinariamente como subsidiaria, toda vez que procede únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, cuando los mecanismos existentes no resulten idóneos para la protección del derecho vulnerado, o cuando esta se use como mecanismo transitorio, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; es decir, ésta en principio solo resulta admisible por la vía de la excepcionalidad.

Sin embargo, las realidades sociales en el país han tenido incidencia directa en dicha concepción, debido a que las personas acuden a la acción de tutela para la defensa de los Derechos Fundamentales que les son vulnerados no por el camino de la excepción, sino como medio preferente o alternativo. Esta situación se explica por el elevado grado de vulneración de Derechos Fundamentales en el país, tal como sucede con el Derecho Fundamental autónomo a la salud. Precisamente, la crisis financiera e institucional en el sector salud, ha sido la promotora del empleo masivo de la tutela, debido a que la prestación de servicios que al respecto se efectúa es deficiente o inexistente, ocasionando que se torne nugatorio el goce efectivo del Derecho Fundamental en cuestión.

De igual manera, en contraste con los otros mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para la defensa del Derecho Fundamental autónomo a la salud, las bondades con las que fue dotada la acción de tutela, como lo son la inmediatez, la celeridad e informalidad, la convierten en el instrumento al que por excelencia las personas recurren. Aunado a lo anterior, se logra dilucidar que la acción de tutela resulta más eficaz para la salvaguarda de este Derecho Fundamental que los demás

medios de defensa destinados para ello, pues como se vio, incluso uno de estos, que es el derecho de petición, debe ampararse a través de la tutela, porque las peticiones de los usuarios no son contestadas.

Así las cosas, el carácter subsidiario, residual y cautelar de la acción de tutela, tal como fue establecido por la Constitución Política de 1991, por lo menos en lo que respecta al Derecho Fundamental autónomo a la salud se ha transformado, tornándose en preferente o alternativo. Lo anterior significa que la tutela es generalmente, la primera herramienta a la que se acude a pesar de la existencia de otros mecanismos que pueden servir para el amparo del Derecho Fundamental a la salud, y a los que debería recurrirse primero para tal fin; y asimismo, esta se concibe como una opción entre los posibles medios de defensa consagrados para ese propósito.

## Referencias bibliográficas

### Libros

Arbeláez, M. (2006). *Derecho a la salud en Colombia: El acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*. Bogotá: Cinep.

Botero, M. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia.

Correa, H. (2009). *Derecho procesal de la acción de tutela*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

González, N. (2014). *La acción de tutela como medio eficaz para la protección de los derechos a la salud*. Bucaramanga, Colombia: Editorial UIS.

Rhenals, E (2013). El activismo judicial en el reconocimiento de los Derechos Fundamentales de los toxicómanos en Colombia en *Revista IUSTA*, N.º 39, julio-diciembre de 2013, pp. 291-318

Rozo, E. (2006). *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Quinche, M. (2015). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia: Temis.

## Revistas

Cifuentes, M. (1997). La acción de tutela en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, 3 (1), (165-164).

Gallego, J (2014). Paradoja y complejidad de los Derechos Humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación en *Revista IUSTA*, No. 40, enero-junio de 2014, pp. 143-165

Estevez, J. L. (1956). Sobre el concepto de naturaleza jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, (4), 156-182. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>

## Jurisprudencia

Corte Constitucional, Colombia, Sala Plena. (1 de octubre de 1992) Sentencia C-543. [MP José Gregorio Hernández]

Corte Constitucional, Colombia, Sala Séptima de Revisión. (25 de septiembre de 2003). Sentencia T-859. [MP Eduardo Montenegro Lynett].

Corte Constitucional, Colombia, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). Sentencia T-706. (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, Colombia, Sala Novena de Revisión. (19 de abril de 2013) Sentencia T-241. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Colombia, Sala Tercera de Revisión. (26 de marzo de 2015) Sentencia T-121. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional, Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (31 de marzo de 2016) Sentencia T-150. [MP Gabriel Eduardo Mendoza]

## Normatividad

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis

Congreso de Colombia. (2015). Ley 1755. *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62152>

Congreso de Colombia. (19 de noviembre de 1991). Artículo 6 (Capítulo I). *Decreto 2591 de 1991*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>

## Recursos electrónicos

Corporación Excelencia en Justicia (4 de octubre de 2013). *Confianza y uso de la acción de tutela en Colombia*. Recuperado de <http://www.cej.org.co/index.php/justiciomeros3/3582-confianza-y-uso-de-la-accion-de-tutela-en-colombia>

Hernández, M. (2012). Deslinde. *La crisis de la salud y la Ley 100 de 1993*, 8 (46), 60-67. Recuperado de <http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2012/08/46-7.pdf>

Semana. (2013). *Saludcoop, el desfalco de la historia*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/desfalco-de-salucoop/365644-3>

## Informes

Defensoría del Pueblo. (2016). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2015*. 10ª ed. Bogotá: Defensoría del Pueblo.