



Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

Adaptar — remezclar, transformar y construir a partir del material

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

La acción de tutela frente a la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud

The Tutela Action before The Jurisdictional Function Of The National Health Superintendence

Robinson Oswaldo Hernández¹

Resumen

El presente artículo se ocupa de los aspectos centrales entre la acción de tutela y las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud como mecanismos para la protección del derecho fundamental a la Salud. Para tal fin, resulta indispensable analizar sus antecedentes, el marco legal, la naturaleza jurídica y los aspectos procesales de cada figura jurídica. Con ello, poder establecer la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de amparo del derecho fundamental a la salud frente a otras formas de protección como lo es la función jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia de Salud.

Se repite abajo) Así las cosas, en le presente artículo se establece si acción de tutela un mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales. Por consiguiente es necesario determinar si su competencia subsidiaria puede dar lugar a un conflicto frente a la competencia jurisdiccional de la Supersalud, más precisamente, cuando existe otro mecanismo judicial para la protección del derecho fundamental a la salud como lo es la acción de tutela.

¹ Artículo resultado de investigación elaborado para optar por el Título de Abogado en la Universidad Católica de Colombia por parte de Estudiante del programa de Derecho Robinson Oswaldo Hernández. Correo institucional: rohernandez55@ucatolica.edu.co. Código 2110555. Este artículo fue dirigido por el doctor Juan Carlos Jiménez docente investigador de la Universidad Católica de Colombia.

PALABRAS CLAVE: Acción de Tutela. función jurisdiccional, derecho fundamental a la salud, procedimiento, términos, eficiencia.

Abstract

This article focuses its purpose on elucidating through a dichotomous method the confusion generated by the Guardianship Action as a mechanism to safeguard Fundamental Rights against The Jurisdictional Function of the National Superintendency of Health (hereinafter Supersalud) granted by law 1122 of 2007 as the effective protection of the Fundamental Right to Health refers. It should be remembered that Statutory Law 1751 of 2015 regulates the Fundamental Right to Health and elevates it to Constitutional rank, which generated as a logical consequence to separate the Right to Health from other fundamental Rights for its effective protection. This being the case, what mechanism is the most suitable to safeguard the fundamental Right to Health, Guardianship Action or the jurisdictional competence of Supersalud?

To clarify the previous questioning, both mechanisms will be analyzed from their legal framework, legal nature, their competence, their procedures, the means of challenge, etc. Although, the Guardianship Action is the ideal mechanism to protect fundamental rights; Its exceptional, residual and subsidiary competence proposes a conflict object of this investigation against the jurisdictional competence of Supersalud which is preferential and summary.

KEYWORDS:

Guardianship action, jurisdictional function, fundamental right to health, Superhealth, jurisdiction, procedure, breach of terms, efficiency.

TABLA DE CONTENIDO

	P.
RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	5
El derecho a la salud en Colombia.....	7
La acción de tutela y su aplicabilidad al derecho a la salud en el contexto Colombiano.....	12
La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.....	17
Factores, características y aspectos comparables de la acción de tutela y la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.....	22
Formalidades.....	26
Términos y recursos de la función jurisdiccional.....	27
Términos y recursos de la acción de tutela.....	28
Medidas cautelares de la función jurisdiccional y de la acción de tutela.....	29
CONCLUSIONES	30
REFERENCIAS	33

Introducción

Con la Constitución de 1991 se estableció la acción de tutela como una de las instituciones más importantes en el derecho colombiano. Ciertamente, el artículo 86 de la Constitución Política, establece un mecanismo que permite a cualquier persona por si misma o por quien actué en su nombre, acudir ante los jueces para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

Dicho esto, en lo que tiene que ver con el derecho a la salud no fue dispuesto de manera expresa en la Constitución de 1991 como derecho fundamental. El artículo 44 precisa que “*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social*”, con ello, taxativamente solo se concebía el derecho a la salud de manera fundamental en pro y bienestar de los niños en el territorio nacional.

Pese a ello, el derecho a la salud en las instancias de la Corte Constitucional fue analizado desde una doble concepción. Por una lado, se cuestionaba si era un derecho de carácter prestacional amparado en el Título II, Capítulo 2 de la Carta Magna, formando parte de los “*derechos económicos sociales y culturales*” cuyo fundamento legal se basa en la Ley 100 de 1993 con la aparición del POS (Plan Obligatorio de Salud). Por otra parte, su carácter fundamental desarrollado por la Corte Constitucional en conexidad con otros derechos fundamentales, desarrollo encaminado al reconocimiento de la salud como un derecho fundamental y autónomo, en Sentencia T926/99 la corte señala lo siguiente:

Esta Corporación ha reiterado en numerosos fallos que el derecho a la salud es, en principio, una garantía de carácter prestacional, que bien puede convertirse en un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela, cuando de su afectación se desprende la vulneración de intereses básicos como la vida, la integridad personal, o la propia dignidad del ser humano. (Corte Constitucional en sentencia T/926/99. M.P: Carlos Gaviria Díaz).

Frente a este punto, la Corte Constitucional definió la independencia del derecho a la salud y por tanto uno de los fundamentales del catálogo de la Constitución, lo cual dio lugar a la expedición de la ley estatutaria 1751 de 2015 *“por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”* se materializa la connotación fundamental del derecho a la salud, dotándolo de principios, elementos esenciales y mecanismos de protección (parágrafo 2, artículo 15).

Por otra parte, el Artículo 116 superior modificado por el Acto Legislativo 3 del 2002 en su inciso 3, otorga excepcionalmente función jurisdiccional a determinadas autoridades administrativas tal como sucede con la Supersalud en el artículo 41 de la ley 1122 de 2007, estableciendo esta competencia. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud, como establece el citado artículo. podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”.

Expuesto lo anterior, el propósito del presente escrito radica en analizar la acción de tutela frente al mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia de Salud, con el objetivo de establecer la procedencia de esta clase de acción como mecanismo de amparo del derecho fundamental a la salud frente a la protección a cargo de la Superintendencia de Salud en ejercicio y cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales..

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación contiene cuatro puntos de análisis, cada uno de los cuales desarrollará los siguientes objetivos específicos: El primero de ellos consiste en establecer el contexto en el que se proclama la salud como derecho fundamental en Colombia. Un segundo acápite analiza la acción de tutela como mecanismo determinante para garantizar el derecho a la salud en el ámbito colombiano. El tercero se encarga de sintetizar la función jurisdiccional de la Supersalud en lo atinente a su competencia, cobertura a nivel nacional, requisitos entre otros aspectos para garantizar el derecho a la salud. El cuarto y último capítulo, determina la pertinencia de los dos mecanismos para atender las solicitudes de

protección, garantía y prestación del derecho a la salud y cuál de ellos resulta más garantista en su normatividad.

El Derecho a la Salud en Colombia

De acuerdo con Alexy (1993, pág.90) “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma valida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso, no vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan un derecho subjetivo”. En la Constitución política de 1991 en Colombia, la salud fue considerada un derecho fundamental más exactamente en el Artículo 44 “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social*” Bajo este entendido, la salud como derecho fundamental fue limitado únicamente para una parte de la población, los niños, dejando de lado un mecanismo directo para proteger el derecho a la salud para los otros actores sociales, razón por la cual se entendía como un derecho fundamental por conexidad², en palabras de Valderrama: Se entienden por estos todos aquellos derechos que por su naturaleza no ostentan la calidad de derechos fundamentales, pero les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionarían la vulneración o amenaza de los segundos. El caso más común y documentado de derechos fundamentales por conexidad es la salud, pues este adquiere la calidad de derecho fundamental siempre que se ponga en riesgo el derecho a la vida.(Valderrama, 2018, pág.11)

Con relación a lo anterior, es la Corte Constitucional quién hace hincapié respecto a la salud como derecho fundamental, ya que como se mencionó anteriormente la ausencia en el texto constitucional generó como consecuencia su desconocimiento, según Dworkin“es erroneo

² (Sentencia T/491, 1992) (Corte Constitucional en sentencia T-491/92. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz).

suponer, como el positivismo, que en todo sistema legal ha de haber algún criterio fundamental y comúnmente reconocido, que permita determinar qué estándares cuentan como derecho y cuales no”(Dworkin 1989,pág102) . Continuando con la corriente del precitado autor, el alto tribunal ampliando la cosmovisión frente al derecho a la salud en reiteradas sentencias recalcó la conexidad que tiene el derecho a la salud con derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad humana; tal como lo expone la Corte Constitucional en la en Sentencia T/630 de 2004:

Esta Corporación ha sostenido, que, si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que, por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas. (Corte Constitucional en sentencia T-630 de 2004. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra)

Lo anterior quiere decir que la interpretación de la corte surge como respuesta a la vulneración del Derecho a la salud en sí mismo dada la dualidad del texto constitucional al predicar la salud como un derecho para los niños.

Por otra parte, en Colombia se consideró la salud como un servicio público en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución “*La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado*”. La regulación legal y reglamentaria del Decreto 056 de 1975, el cual organizó el Sistema Nacional de Salud. Posteriormente fue expedida la Ley 10 de enero de 1990 que reformó el Sistema Nacional de Salud y amplió otros aspectos, que fueron definitivos para el posterior desarrollo de la Ley 100 de 1993, en importante mencionar lo que indica Hernandez: :

Norma que establece en términos generales, la prestación y atención de la salud a través de un sistema mixto de entidades públicas y privadas dando paso al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que abarca entre sus actores a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS), en el marco de un sistema dividido en diferentes regímenes: el régimen subsidiado y el régimen contributivo (Hernández, 2016, pág. 4).

Sumado a lo anterior, la ley acogió un plan de servicios de salud que el estado se encarga de instaurar regulando procedimientos, medicamentos y servicios cubiertos, limitando los mismos y al cual se deben acogerse las entidades encargadas para llevar a cabo la prestación del servicio de salud, indica Arbelaes:

Grosso modo, la ley 100 de 1993, es un sistema público de aseguramiento de las contingencias en salud de los ciudadanos que se encuentra estructurado sobre la base de la solidaridad entre trabajadores, empleadores y Estado, los cuales, mediante aportes periódicos, financiarán el propio sistema. Consiste entonces en la creación del sistema de seguridad social integral (SGSSS) el cual garantiza que todos los habitantes del territorio nacional tengan una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ampliando la cobertura incluyendo la población sin capacidad económica para realizar aportes económicos periódicos. (Arbelaés, 2006, pág. 213-214),

Se establecen seis principios básicos para su ejecución: *eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación* (artículos 44, 48, 49, 50, 365 y 366 de la C.P). Divide su esqueleto normativo en cuatro frentes: *sistema general de pensiones, sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), sistema general de riesgos profesionales y servicios sociales complementarios*. Para el tema que nos atañe, profundizaremos en lo que respecta al SGSSS, la ley 100 del 1993, indica Cardenas:

En lo que respecta a la salud busca que los asociados tengan una óptima atención y prevención en salud convirtiendo al estado en una entidad contratista cuya directriz principal es el plan obligatorio de salud (POS) el cual debe ser acatado por las entidades creadas por mencionada regulación, es decir, las Entidades promotoras de salud (EPS) y las Instituciones prestadoras de servicio de salud (IPS). Para garantizar la cobertura total a toda la población divide a los afiliados en dos regímenes: (i) *el régimen subsidiado*, donde se ubican las personas vulnerables y que no cuentan con capacidad económica para realizar un pago periódico correspondiente al aporte económico, es decir, los niveles 1 y 2 del SISBEN, población infantil abandonada, menores desvinculados del conflicto armado, comunidades indígenas, adultos mayores en centros de protección, programas de protección a testigos, víctimas del conflicto armado, población migrante Colombiana, habitantes de Calle, entre otros. Y (ii) *el régimen contributivo*, donde se encuentran todas las personas con capacidad económica para realizar aportes al sistema de acuerdo con sus ingresos llamados *Cotizantes*, es decir, toda persona vinculada mediante un contrato de trabajo, servidores públicos y trabajadores independientes que devenguen mínimo un SMMLV. El cotizante tiene derecho a afiliarse a su núcleo familiar también llamados *beneficiarios*. Posteriormente fue modificada por la ley 1122 del 2007 y la Ley 1438 de 2011 en cuanto a la dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud (Cárdenas, 2013, pág. 208).

La utilidad que representa el esquema de la ley 100 en el presente escrito obedece a la trascendencia que tiene la misma sobre el Derecho a la Salud desde la perspectiva de servicio público.

Frente a estas formas de regulación, surgen dos preguntas en relación a: ¿es la salud un derecho? o ¿es un servicio público? A criterio del desarrollo jurisprudencial habría que contestar

positivamente a ambas interrogantes en conjunto, ya que son correlativos el uno con el otro, son a la vez, derecho fundamental³ y servicio público tal como lo expuso la Sentencia T/760 de 2008:

El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. (Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

Tiene que ver entonces con que ambas perspectivas deben ir al unisono para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud como lo establece la sentencia T-760 de 2008:

Por ser inherente a la persona humana, deja de ser una promesa, porque quizá la promesa no sea el derecho, ya que el derecho existe per se, tal vez lo sea la garantía de cumplimiento de la faceta prestacional del derecho, referida a los bienes y servicios que el Estado debe implementar progresiva y, en comienzo, irreversiblemente. (Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

Complementando lo anterior, con la aparición de Ley estatutaria 1751 del 2015 se eleva definitivamente a connotación de derecho fundamental el derecho a la salud sin perjuicio de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto a la discusión si la salud era un

³Por ejemplo, atendiendo a su eficacia, en la relación que presenta el Derecho Internacional con el Derecho estatal sobre asuntos de derechos humanos o, desde su dimensión de validancia —validez y vigencia—, la presencia de los derechos humanos positivizados en los ordenamientos nacionales en el catálogo de derechos fundamentales, como criterios de validez sustanciales en la construcción de normas jurídicas o, en uso su pretensión de universalidad, en virtud del Derecho Internacional, da lugar a la fundamentación de una validez supranacional. (Agudelo Óscar y León Jorge, 23017 pag. 6.)

derecho fundamental o no. Así las cosas, no se puede hablar de derecho fundamental a la salud sin inevitablemente hablar de una garantía institucional que debe ir en cabeza del estado, ya que comprende una variedad de aspectos de protección, entre ellos; servicios médicos en cuanto a la rehabilitación y prevención; protección ambiental en lo referido a la salud pública y ambiente sano; el mínimo vital y la vida digna. Dado su alcance prioritario, “es el reflejo del accionar del Estado a través de sus políticas y de sus asignaciones presupuestales tendientes a procurar condiciones de salud bajo una concepción amplia de derechos de ciudadanía”. (Vélez, 2007, pág. 73).

La acción de tutela y su aplicabilidad al derecho a la salud en el contexto colombiano

Como bien afirma Charry “la acción de tutela permite la materialización de las disposiciones superiores en casos particulares y concretos, la interpretación de la norma fundamental y la construcción de espacios jurídicos antes inexistentes” Charry, (2002, p. 5-10. .. Esta acción ha sido considerada como el mecanismo idóneo para hacer efectiva la protección de derechos fundamentales, consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Política. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...), la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela se encuentra revestida de características fundamentales Decreto 2591 de 1991. (i) *subsidiariedad*, cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial al cual acudir se hace procedente acudir a la acción de tutela como bien lo señala de manera expresa el artículo

86 de la C.P, “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Al respecto es importante señalar “es de resaltar que la tutela nace como un mecanismo subsidiario de amparo de los derechos fundamentales, radicando la competencia en un juez que los protege en sede de constitucionalidad, con facultades de determinar el alcance de sus decisiones” (Mejía, , pág. 2).

Como bien lo establece Hurtado respecto a la forma espedita que se estableció para la acción de tutela:

(ii) *inmediatez*, tiene como finalidad una respuesta rápida por parte del juez constitucional, el Artículo 86 superior establece que el término de decisión que no puede ser superior a 10 días “En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”. (iii) *sencilla*, no requiere de mayores requisitos de forma para su presentación. (iv) *específica*, recae únicamente sobre derechos fundamentales consagrados en la constitución(Hurtado, 2017, pág. 16)

Es decir, Derechos de aplicación inmediata enumerados en el Artículo 85 de la Constitución, Derechos subjetivos⁵ susceptibles de ser amparados directamente por el juez contenido en el Capítulo I del título II, Derechos fundamentales Innominados (Dignidad Humana, Mínimo Vital, Seguridad Personal, Estabilidad Laboral reforzada), Derechos Fundamentales por conexidad (Salud, Educación, Ambiente Sano). (v) *eficaz*, indica de los fallos deben ser decididos de fondo y son de inmediato cumplimiento.

Como se observa en el texto constitucional artículo 86, esta acción se podría definir cómo “una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares” (Botero, 2006, pág.19). Aclarando lo anterior, la corte constitucional en su

⁵El derecho subjetivo tiene, a su vez, su justificación dentro del sistema a través de las sentencias justas y adecuadas a derecho, que a su turno materializan la paz jurídica. (Universidad Católica,2017, pág. 43).

primera manifestación luego de ser otorgada esta competencia por el constituyente de 1991, la Sentencia T/001 de 1992 define la tutela en terminos simples como un:

(...) instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. (Corte Constitucional en sentencia T-001 de 1992. M.P: Alejandro Martínez Caballero)

Es claro, la sentencia mencionada en el apartado anterior y el texto constitucional, ponen de presente el derecho al que tiene cada ciudadano para acudir ante los jueces para solicitar que sean reconocidos sus derechos fundamentales con mínimos requerimientos formales y sin que exista otro medio expedito para proteger los mismos, en los siguientes términos

Por lo menos el espíritu de lo que se refleja en el artículo 86 de la constitución como en la sentencia T-001 del 92, la finalidad es proteger al ciudadano por medio de la tutela, cuando no disponga de otro medio judicial (Córdoba, 2016, pág. 18).

Ahora bien, hemos hablado de la aplicabilidad de la tutela en el contexto de derechos fundamentales, abordando el tema que nos atañe tomaré este apartado para hablar del derecho a la salud y la aplicabilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección, Velez indica

Las dos dimensiones que componen la acción de tutela en amparo del derecho a la salud pueden precisarse del siguiente modo: (i) su carácter prestacional amparado en el Título II, Capítulo 2 de la Carta Magna formando parte de los “*derechos económicos sociales y*

culturales”, es decir, cuando es considerado como un servicio público obligatorio en cabeza del estado el cuál es el encargado de garantizarlo con la finalidad que todos asociados tengan acceso al mismo, consagrado en la Ley 100 de 1993 (Vélez, 2007, pág.67).

La aparición del POS (Plan Obligatorio de Salud) y (ii) su carácter fundamental establecido por la corte constitucional, la intervención del juez constitucional en el derecho a la salud, como uno de los derechos sociales fundamentales que ingresaron a la lista por medio de la interpretación conexa con derecho a la vida, como lo señala Molina,

Se adquiere por la sola condición de ser humano y es inalienable, inajettable e imprescriptible. la intervención del juez constitucional en el derecho a la salud, como uno de los derechos sociales fundamentales que ingresaron a la lista por medio de la interpretación conexa con derecho a la vida (Molina, 2013, pág. 18).

Es pertinente afirmar que la Tutela como mecanismo de protección del derecho fundamental a la salud tiene dos finalidades, en términos de Veléz:

Por un lado como mecanismo de protección de derechos fundamentales cuando, como consecuencia de la no protección del derecho a la salud, se afecte o lesione el derecho a la vida u otro tipo de derechos de contenido fundamental, como lo es también la garantía del mínimo vital, pero también con una segunda finalidad, como un proceso alterno que deben utilizar los usuarios para acceder a servicios de salud y más concretamente a la atención médica a través de la cual se hace efectivo el derecho (Veléz, 2005, pág. 200):

Las diferentes interpretaciones de la corte constitucional han convertido a la acción de tutela en el principal mecanismo de protección del Derecho a la salud⁷. En primera instancia consideró la procedencia de la acción de tutela por conexidad en el entendido que:

El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, debido a que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela. (Sentencia T/484 de 1992. Corte Constitucional, M.P. Simon Rodriguez Rodriguez y Jaime Sanin Greffenstein.)

A su turno, esta posición es reiterada por la Corte Constitucional con relación a la conexidad:

El contenido de la solicitud de tutela no es óbice para que el Juez que conozca del caso proceda a brindar protección por concepto de otros derechos constitucionales que resulten afectados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, por cuanto el fallo de tutela no está limitado a lo pedido por el accionante, sino que, si el juez encuentra que en

⁷La dinámica de los sistemas jurídicos ha exigido una eliminación, desde postulados del positivismo jurídico, hasta los vicios metafóricos en el campo del derecho. (Agudelo, 2017, pág. 28)

efecto están amenazados o han sido o son vulnerados derechos constitucionales fundamentales distintos de aquellos que el peticionario menciona, así debe manifestarlo y ordenar la protección de los mismos, toda vez que por su propia naturaleza, ésta clase de derechos no puede depender, en cuanto concierne a su defensa, a la exactitud de su mención en la solicitud (Sentencia T/591 de 1992. Corte Constitucional, M.P. Jaime Sanin Greffenstein.)

Desde el año 1992 la Corte constitucional ha venido desarrollando el derecho a la salud en tanto a la discusión *¿derecho o servicio?* La postura del alto tribunal es intermedia al considerar la tutela cómo mecanismo de protección en tanto tenga conexidad con otros derechos fundamental partiendo de la premisa de que si no se protege el derecho invocado puede, al no tener presente la *conexidad*, vulnerar inminentemente el derecho fundamental a la salud. Un ejemplo claro de lo anterior, es el acceso a medicamentos no incluidos en el POS, que ante la negativa de la EPS para otorgarlos, el usuario se ve en la necesidad de acudir ante el juez de tutela para que le sean suministrados ya que sin ellos corre riesgo de perder la vida. Fue hasta la expedición de la ley 1122 de 2007 por medio del cual se le otorga a la Supersalud la función jurisdiccional con la finalidad de salvaguardar el derecho a la salud, creando la figura del juez de la salud para garantizar este derecho.

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional De Salud

En términos de Ramirez (2018, pág. 20) “La Superintendencia Nacional de Salud, es la autoridad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Adicionalmente puede ejercer funciones jurisdiccionales cuyo sustento Constitucional se encuentra amparado en el Artículo 116 de la Constitución Política de 1991 “*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas*”. Anteriormente, la denominada Superintendencia de Seguros de Salud se le atribuyó el control de los servicios de salud y la asistencia pública

con la ley 15 de 1989, otorgándole a esta entidad la obligación de ejercer la inspección, vigilancia y control como lo indica la norma en el artículo 4°.

En la actualidad, corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud ejercer control, inspección y vigilancia sobre las actividades que conciernen a la prestación de los servicios de salud en los Seguros Sociales Obligatorios, asistencia pública, atención médica a cargo de entidades creadas o sostenidas por el Estado y liquidación, recaudo y transferencia de los recursos fiscales que se apliquen a tales actividades, por lo tanto es de tener presente el concepto de daño al proyecto de vida⁸

Se establecen dos principales obligaciones para la entidad, una en relación con el control inspección y la vigilancia y otra consistente en la administración de recursos económicos propios del sistema y para la prestación de los servicios atinentes a la salud. Ejerciendo estas funciones sobre las entidades, organismos, programas, asociaciones, empresas y compañías que directa o indirectamente tienen a su cargo la gestión y la administración en la prestación del derecho a la salud o para ese entonces, del servicio público esencial a la salud.

Con el decreto-ley 1472 de 1990 *por el cual se reorganiza la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.*, adquiere el carácter de autoridad técnica para realizar la inspección, vigilancia y control en su Artículo 2° “*Del objeto de la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud es la autoridad técnica en materia de inspección, vigilancia y control*”. Entre otros preceptos y referente a la calidad en la prestación, pertinente para la función jurisdiccional es el literal (a). La calidad y eficiencia de las actividades que se desarrollen en materia de prestación de los servicios de salud concernientes a los seguros sociales obligatorios, de la previsión social, de la medicina prepagada, y de las entidades que contraten servicios de salud con el Subsector oficial del sector salud, y las cajas de compensación familiar.

⁸El Estado colombiano está obligado a reparar a las víctimas de las violaciones de derechos humanos e implementar las medidas innovadoras que ha dispuesto la CIDH, así como a investigar, juzgar y sancionar a los culpables. (Woolcott, 2016, pá. 96)

Posteriormente surgen una serie de decretos que incluyen más instituciones prestadoras de salud, ampliando la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud y fortaleciendo su capacidad técnica de control, inspección y vigilancia. Ejemplo de esto son el decreto 1259 de 1994, y el decreto 1266 de 1994, que reestructura nuevamente esta superintendencia ampliando aún más la competencia de sus funciones a nuevas entidades como lo es por ejemplo al Seguro Obligatorio de Transito, FOSYGA, Entidades Promotora de Salud –Entidad Promotora de Salud (Régimen Contributivo y Subsidiado), Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS, Empleadores y Entidades Territoriales. En el año 2007 con la ley 1122 la Superintendencia Nacional de Salud adquiere la función jurisdiccional estableciendo en el artículo 41 funciones jurisdiccionales. con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, por lo tanto podrá conocer y fallar en derecho, con las facultades propias de un juez.

Con la expedición de la mencionada ley se hace evidente el cambio en la estructura del Estado en relación con la descentralización de sus funciones que trae la constitución de 1991, con ello dar una mejor aplicación a lo que la misma constitución denomina como la función *jurisdiccional*. De acuerdo a lo señalado en el artículo 41 de la ley 1122 de 2007.

La Superintendencia de Salud queda facultada podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez, en los siguientes asuntos:

- a). Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.
- b). Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de urgencias, incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada de la EPS para cubrir las obligaciones.

- c). Conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados.
- d). Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- e). Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

A su vez el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 fue modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 adicionando en primer lugar los literales e), f) y g), así:

Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo. Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleado.

Por otra parte, precisa el parágrafo 2.

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de salud debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

Determinando con estas modificaciones los términos que tiene la Supersalud para emitir la decisión, la forma de notificación y la posibilidad de impugnar garantizando la segunda instancia y, permitiendo la revisión de las decisiones por parte de la Sala Laboral.

La Supersalud dentro de su función jurisdiccional podrá decretar las siguientes medidas cautelares conforme a lo establecido por el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 127 de la Ley 1438 de 2011:

1. Ordenar, dentro del proceso judicial, las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.
2. Definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de afiliación múltiple y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La especialidad toma relevancia en estos aspectos en cuanto a las decisiones en aplicación del derecho como los explica Ávila:

De este modo, la Supersalud, ejerce su función jurisdiccional como un Juzgador especializado en asuntos de Seguridad Social en salud, que decide en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un Juez, con total independencia e

imparcialidad las materias específicas en los asuntos anteriormente citados (Ávila, 2012, pág. 16).

Según Tovar, la especialidad hace importante la figura del juez de la salud, “creando de esta manera la figura del *jueces de la salud* garantizando la especialidad sobre la materia, por ende, podrá ejercer medidas provisionales para proteger un derecho, para requerir informes, para garantizar el cumplimiento del fallo (Tovar, 2013, pág. 9). Equiparable con el juez de tutela en cuanto a la protección del derecho a la salud se refiere.

Factores, características y aspectos comparables de la acción de tutela ya función jurisdiccional de la Superintendencia nacional de salud

Con el propósito de desarrollar el objetivo del presente escrito, resulta del caso analizar la acción de tutela frente a la Función jurisdiccional de la Supersalud. Para tal fin, sea preciso señalar que desde su regulación se pueden advertir diferencias en cuanto a la aplicabilidad de cada mecanismo en concreto. En efecto, el artículo 41 de la ley 1122 de 2007 establece lo siguiente:

Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez. Así, la función jurisdiccional de la Supersalud se remite únicamente al aspecto prestacional del servicio de salud, si bien, el artículo 2 de la ley estatutaria 1751 de 2015 define el contenido del derecho fundamental a la salud de igual forma al decir: “Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las persona”, en todo caso, el derecho a

la salud es más que un servicio público tal como la Corte Constitucional ha reiterado al respecto, especialmente cuando se trata de una amenaza o vulneración conexas con un derecho fundamental.⁹

Por su parte, el artículo 6 de la mencionada ley estatutaria determina y estructura jurídicamente el contenido del derecho fundamental a la salud, precisando las características que debe cumplir el prestador del servicio, así como los principios que estructuran su prestación como servicio público. Este artículo puntualiza los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud y agrega que éstos deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.

Por su parte, la Acción de tutela tiene un objeto mucho más amplio en cuanto a su aplicación, en el artículo 1 del decreto 2591 de 1991 se plantea que *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. A esta altura de la lectura se podría afirmar que el mecanismo idóneo para salvaguardar el derecho a la salud sería la acción de tutela, pero surge una causal de improcedencia que remite directamente a la competencia de la Supersalud: la subsidiariedad.*

Consagrada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, como sigue: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Lo anterior precisa que ante la existencia de la instancia judicial que se adelanta ante la

⁹ (Sentencia T/171 de 2018. Corte Constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger)

Superintendencia de Salud, resulta necesario indicar los asuntos en los que es competente esta autoridad administrativa.

De acuerdo con lo señalado al artículo 41 de la ley 1122 de 2007 se otorga a la Superintendencia de Salud la facultad de conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez,

- a). Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.
- b). Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de urgencias, incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada de la EPS para cubrir las obligaciones.
- c). Conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados.
- d). Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- e). Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo.
- f). Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- g). Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleado.

¿Puede promoverse una acción de tutela cuando la vulneración al derecho fundamental de la salud se encuentre asociado a uno de los supuestos en los que es competente la superintendencia?

Para atender el anterior cuestionamiento, en sentencia T/171 de 2018, afirma que “un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado” (Corte Constitucional en sentencia T/171, de 2018. M.P: Cristina Pardo Schlesinger). En ese sentido, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud tiene una competencia principal y prevalente, mas no excluyente, frente a la acción de tutela para conocer sobre los numerosos conflictos entre usuarios y entidades en torno a la prestación del servicio público de salud.

De cierto modo dada la competencia subsidiaria de la acción de tutela, operaría la competencia preferente de la Supersalud, pero es del caso recordar el inciso 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, *salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*, en un caso en particular, si la competencia de la Supersalud resulta inocua o parcial en cuanto a la protección del derecho fundamental a la salud es procedente la acción de tutela.

No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata de que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado (Botero, 2006, pág. 150)

Con lo anterior, no significa que carezca de eficacia o idoneidad la Superintendencia de Salud frente a los temas de su competencia, sin embargo, puede proceder la acción constitucional cuando (i) la acción de tutela se constituya en un mecanismo transitorio en caso de la inminente consumación de un perjuicio irremediable; o (ii) cuando en la práctica y en un caso concreto acudir a la Superintendencia no resulte el mecanismo más adecuado para la efectiva protección del derecho fundamental. En otros términos, está en cabeza del juez constitucional el análisis para cada caso en particular analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo judicial establecido por el

legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 para la protección del derecho a la salud.

Así las cosas, se puede afirmar que tanto en la acción de tutela como en la función jurisdiccional de la Supersalud, pueden existir de manera coetánea si fuere necesario para la efectiva protección del derecho a la salud.

Formalidades

En cuanto a la Supersalud la demanda debe ser dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar; la pretensión, el derecho que se considere violado, así como el nombre y dirección de notificación del demandante y debe adjuntar los documentos que soporten los hechos. La demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación; por memorial, u otro medio de comunicación escrito. No será necesario actuar por medio de apoderado, esto sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

La acción de tutela por su parte al igual que la anterior prevalece la informalidad. En la solicitud de tutela se debe expresar, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante. No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

Asimismo, en caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al

solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

Como se puede observar, el elemento común en ambos mecanismos es la informalidad. A diferencia de la demanda ante la Supersalud, la tutela prevé, en caso que la persona no sepa escribir o sea un menor de edad, que pueda radicar su solicitud verbalmente, caso contrario en la Supersalud no tiene contemplado este mecanismo. En ambos casos no es necesario actuar por intermedio de apoderado.

Términos y recursos de la función jurisdiccional

La Superintendencia Nacional de Salud emitirá sentencia dentro de los 20 días siguientes a la radicación de la demanda en los asuntos de competencia contenidos en los literales a), c), d) y e) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. A su turno, dentro de los 60 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal b) del mencionado artículo. En lo que respecta al literal f), dentro de los 120 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido del tan mencionado artículo.

Es preciso indicar que, los numerales a, c y d, del primer término establecido de (20) días aclarando que con anterioridad a la modificación que introdujo la ley 1949 de 2019, el termino en estos numerales era de (10) días. Se mantiene el termino para proferir un fallo de 60 días en el literal b), de igual forma se establece un término de 120 días para los asuntos contenidos en el literal f) que no son pertinentes para el presente estudio por no involucrar al usuario con el SGSSS.

En lo relacionado con el término para interponer recursos, este es de tres (3) días siguientes a ser proferido el fallo de primera instancia y es el único recurso que contempla la norma para que el caso sea revisado por un superior jerárquico, que para el caso corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral.

Términos y recursos de la Acción de tutela

Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo. En la función jurisdiccional los términos para proferir sentencia en primera instancia se ampliaron en los casos que son pertinentes para proteger el derecho fundamental a la salud y no solo en los aspectos económicos competentes a la Supersalud, pasando de (10) días a (20) días para que el juez dicte sentencia, el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancias es de (3) días y, se presenta un vacío normativo al no indicarse cuanto tiempo tiene el juez de segunda instancia para proferir sentencia.

La acción de tutela desde su presentación y, pasando por la admisión, la corrección de la acción, el fallo de primera instancia, el fallo de segunda instancia, cuando es concedida en forma transitoria y, por último, en sala de revisión de la Corte Constitucional, establece los términos que aseguran un tiempo de respuesta objetivo y no dar lugar a dilaciones injustificadas.

En la acción de tutela encontramos el término establecido en los casos en que se profiere una sentencia transitoria, artículo 8°. La tutela como mecanismo transitorio. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

El artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, establece la corrección de la solicitud del siguiente modo: “Si no pudiese determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia

El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, establece la impugnación del fallo en un término de 3 días, al optar por la impugnación y ampliando esta opción, el artículo 32 establece otro término que debe cumplir el juez de segunda instancia indicándole que debe proferir sentencia en 20 días: Por su parte, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 establece lo relativo a la impugnación de la decisión de instancia:

Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.

El juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y *proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente.*

Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará.

En lo que respecta a la revisión por la Corte Constitucional, el mencionado Decreto en su artículo 33 dispone: “Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses”. Términos que establecen tiempos de respuesta y de interposición de recursos claros en todo el trámite de tutela.

Por último, la acción de tutela indica el efecto en que se concede la revisión siendo este de carácter devolutivo según el artículo 35, inciso 1). “La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto”

Medidas cautelares de la función jurisdiccional y de la acción de tutela

Con respecto a las medidas cautelares los dos mecanismos contemplan que el juez podrá ordenar medidas cautelares pero en la ley 1122 de 2007 no se establece esta potestad de oficio como si lo hace la acción de tutela y se limita a otorgarlas de la siguiente forma. Artículo 41 párrafo 3° numeral 1) “Ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema”, 2. “Definir en forma provisional la entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o en la que deberá ser atendido el demandante”. Referente a la acción de tutela, esta si contempla medidas en cuanto a la suspensión del acto administrativo desde el momento de la presentación bien sea por solicitud del accionante o de oficio, la

ejecución o la continuidad de la ejecución del acto administrativo o resolución; por resolución debidamente fundada, hace cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que vea pertinente dictar, ampliando la protección del accionante.

Los anteriores son los aspectos que permiten ser comparados y que son propios a los dos mecanismos, cada uno de ellos cuenta con otros factores jurídicos, aclarando que los que establece la (SNS), diferentes a los aquí mencionados, son en términos económicos entre entidades del SGSSS, o temas económicos con relación al usuario, pero posteriores a una prestación del servicio de salud. Por lo tanto, se atienden todos los factores de la función jurisdiccional de la Supersalud que están en juego al momento de presentarse una solicitud para acceder al derecho a la salud y que vulnera al mismo, con respecto a la acción de tutela se abordan los elementos que permiten ser comparados con la función jurisdiccional de la Supersalud y los que no se incluyen no son relevantes con relación al acceso al servicio de salud.

Conclusiones

Al comparar los dos mecanismos en su regulación se aprecia una diferencia que no indica necesariamente cual mecanismo resulta más apropiado para la tutela efectiva del derecho a la salud, pues esto depende de las circunstancias de cada caso tales como, factores económicos o externos que inciden en su eficiencia o celeridad.

A su turno, para afrontar la ardua labor de garantizar y proteger el derecho fundamental a la salud, la comparación entre las dos figuras, permite apreciar cómo cada procedimiento puede resultar idóneo frente al derecho a la salud y que falencias presenta el mecanismo. Tanto la acción de tutela como la función jurisdiccional de la Supersalud cuentan con el mismo proceso sumario para tramitar las solicitudes. En cuanto al aspecto preferente que tiene la acción de tutela, no le es del todo necesario a la Supersalud debido a que su función jurisdiccional de la Supersalud solo atiende solicitudes en torno a la salud y por un único proceso de tipo sumario.

Por último y luego de conocer aspectos procedimentales y sustanciales de la acción de tutela y la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, para abordar las diversas solicitudes de los usuarios del SGSSS y, posterior a estudiar un mecanismo frente al otro en su funcionamiento y normatividad, se considera que la acción de tutela sigue siendo un mecanismo idóneo por encima de la función jurisdiccional de la (SNS) por la antigüedad, complejidad y nivel técnico que exige el mismo para responder de la mejor manera al derecho fundamental de la salud, adicional a que la rama judicial tiene una amplia cobertura territorial para lograr un acceso más fácil de los usuarios del SGSSS a diferencia de la (SNS).

No se puede dejar de mencionarse que, el haber otorgado a la Superintendencia de Salud funciones jurisdiccionales asociadas al derecho a la salud se constituye en una medida de gestión y prevalencia frente a otros recursos judiciales, procurando la especialización de los conocimientos de esta autoridad administrativa y desestimulando el uso de la acción de tutela por los aspectos que son de su competencia.

En todo caso, el uso adecuado que se dé a los dos mecanismos de acceso a la justicia como recursos extremos que deberían ser poco utilizados, depende del compromiso institucional de las entidades públicas y privadas prestadoras de los servicios de salud, de la elaboración correcta de las políticas públicas en salud pública que enfrenten y minimicen los factores que inciden en la salud de las personas. De llevar a mejores términos la relación del usuario con el SGSSS tanto en la solicitud del servicio como en la prestación de los mismos, y mejora la prestación y el acceso al servicio al atender las recomendaciones de expertos en la materia que sugieren diversos cambios estructurales que benefician tanto a el usuario como a las entidades. Recomendaciones académicas con fundamento científico que contribuirían en una mejor condición de salud y por ende de calidad de vida.

A modo de conclusión, se puede señalar que ambas figuras no son propias alternativas sino complementos para la realización efectiva el derecho fundamental de salud. Además, que no resulta posible señalar de manera genérica la improcedencia de la acción de tutela cuando el caso a discutir pueda estar contemplado en los supuestos de competencia de la Superintendencia de

Salud. Como se ha insistido a lo largo del presente escrito, depende de cada caso en concreto la evaluación de la procedencia de este medio de protección constitucional, lo que si puede advertirse, es que en todos los casos deberá el juez constitucional revisar la procedencia de la intervención de la autoridad administrativa para resolver las diferencias que pueden surgir, pues es evidente que conforme a la regulación en la materia, se trata de un medio ordinario para la protección del derecho a la salud.

Referencias.

Alexy, R. (1993). *Teoria de los Derecho Fundamentales*. Madrid: Fareso S.A. (pag. 25).

Arbelaés Rudas, M. (2006). LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Universidad de la Rioja, Derecho y Salud*, 213, 214.

Ávila Orjuela, P. (2012). *Ministerio de Salud La nueva función de la Superintendencia Nacional de Salud: Juez y Conciliador en Derecho*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/nueva-funcion-Superintendencia.pdf>

Botero Marino, C. (2006). *LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO*. Bogotá: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Botero Marino, C. (2006). *LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Cárdenas Ramírez, E. (2013). Alcances del derecho a la salud en Colombia. *Universidad Del Norte, Revista Derecho*, 208.

Charry Ureña, J. (2002). *La Acción de Tutela*. Bogotá: Revista Credencial Historia .

Chinchilla Herrera, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Bogotá: Temis.

Córdoba, salamanca, D. (2016). Acción de tutela en Colombia: La desnaturalización de un mecanismo. *Universidad Católica de Colombia, Novus Jus*, 18.

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel S.A.

Gañan Echavarría, J. L. (2013). *Ministerio de Salud, De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/naturaleza-juridica-derecho-salud-colombia.pdf>

Hernández, A. (2016). El Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia (Ley 100 de 1993): entre modelo de sostenimiento económico y la defensa. *Universidad Católica de Colombia*, 4.

Hurtado, D. (2017). La acción de tutela en la Constituyente de 1991 y su efectividad como mecanismo de protección de derechos fundamentales. *Universidad Católica de Colombia, Revista Novus Jus*, 16.

Jímenez Ochoa, M. (2018). El Derecho a la salud en Colombia como una garantía jurídica dinámica de protecciones equivalentes. *Universidad Católica de Colombia, Revista Novus jus*, 6.

Mejía Lozano, A. (2015). LA ACCIÓN DE TUTELA: ¿UN MECANISMO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL O UN RECURSO EXTRAORDINARIO? *Universidad Católica de Colombia, revista Novus Jus*, 2.

Molina Betancout, C. (2013). *LA TUTELA Y REFORMA EN SALUD: DESENCANTO DE UN JUEZ SOÑADOR*. Bogotá: Universidad Javeriana, Revista Vniversitas.

Ramírez Gonzalez , F. (2018). *LAS FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS AUTORIDADES*. Bogotá: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS.

Tovar Reyes, S. (2013). Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. *Criterio Jurídico, Calí*, 9.

Valderrama Castellanos, D. E. (2018). El acceso a internet como derecho fundamental: caso costarricense y su viabilidad en Colombia. *Universidad Católica de Colombia, Revista Novus Jus*, 11.

Veléz, A. L. (2005). La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud? *Universidad Del Valle, Colombia Médica* , 200.

Vélez, A. L. (2007). NUEVAS DIMENSIONES DEL CONCEPTO DE SALUD: EL DERECHO A LA SALUD EN EL ESTADO. *Universidad de Caldas, Revistas Hacia la Promoción de La Salud*, 73,67.

Agudelo Óscar y León Jorge (2016). *Las Hipocresías en torno a los derechos humanos*. Editorial, Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A. 2017. Bogotá-Colombia.

Universidad Católica (2017). *Complejidades aplicativas del código general del proceso: aralidad y doctrina probable, la tradición jurídica escrituraria occidental*. Editorial, Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A. 2017. Bogotá-Colombia.

Agudelo Óscar (2017). Subsanación y aplicación en el derecho. Editorial, Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A. 2017. Bogotá-Colombia.

Jurisprudencia consultada:

Corte Constitucional en sentencia C/117 de 2008.M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional en sentencia T-001 de 1992. M.P: Alejandro Martinez Caballero.

Corte Constitucional en sentencia T/171, de 2018. M.P: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional en sentencia T/484, de 1992. M.P: Simon Rodriguez Rodriguez y Jaime Sanin Greffenstein

Corte Constitucional en sentencia T-491/92. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional en sentencia T/591, de 1992. M.P: Jaime Sanin Greffenstein.

Corte Constitucional en sentencia T-630 de 2004. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional en sentencia T-926/99. M.P: Carlos Gaviria Díaz

Leyes y reglamentos consultados:

Constitución Política de Colombia (1991).

Decreto 1018 de 2007 (Por la cual)

Decreto 2591 de 1991 (Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política 1991).

Ley 100 de 1993 (Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones).

Ley 1122 de 2007, Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud .

Ley 1438 de 2011 (Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.).

Ley 15 de. 1989, Por la cual se expiden normas sobre organización, financiamiento y control de los servicios de salud y asistencia pública, se reorganiza la Superintendencia de Seguros de Salud y se dictan otras disposiciones .

Ley 1751 de 2015, Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.