

**CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO EN CASOS
DE SALUD EN COLOMBIA**

JOSÈ EDUARDO OLAYA GONZÁLEZ

Octubre de 2019

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO EN CASOS DE SALUD EN COLOMBIA

JOSE EDUARDO OLAYA GONZÁLEZ¹

Resumen:

La investigación de la carencia actual de objeto por daño consumado en casos en Colombia se enfoca en plantear la pregunta problematizadora relacionada con responder ¿Cuál es el impacto debido a la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado en casos de salud en Colombia?, cuyo objetivo general permite determinar el impacto por la falta de regulación del tema, para lo cual en tres (3) capítulos (Caracterización de las figuras derecho a la salud, hecho superado y daño consumado, Criterios para determinar la carencia actual de objeto por daño consumado y Análisis e impacto en casos concretos de daño consumado de salud en Colombia) se desarrolla el núcleo temático; concluyéndose que ante la ausencia o falta de regulación de la carencia actual de objeto por daño consumado, su impacto es negativo para los pacientes y entorno familiar dado que los obliga a recurrir a la acción de tutela que es un mecanismo improcedente como único medio para buscar proteger el derecho a la salud.

Palabras claves: Derecho a la salud, carencia actual de objeto, hecho superado y daño consumado.

1. Abogado de la Universidad Republicana, Administrador de Empresas de la CUN Bogotá, D.C. y Arquitecto de la Universidad Piloto de Colombia con Especializaciones en Gerencia Integral en Proyectos y Derecho de Familia y Tecnólogo en Gestión Logística del SENA.

Introducción

Esta investigación descriptiva e histórica con un enfoque cualitativo, es importante dado que en la carencia actual de objeto por daño consumado no se ha profundizado en el impacto debido a la falta de regulación sobre el tema en casos de salud en Colombia, porque no se reparó el derecho fundamental de manera oportuna al accionante, generando un perjuicio que tenía la pretensión de evitarse con la acción de tutela acorde con el artículo 86 de la Constitución Política Nacional.

Es importante mencionar que la carencia actual de objeto se define como el hecho jurídico o acto que con llevó a que se perdiera el fin de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos individuales. Dicha pérdida se puede presentar en figuras como son el hecho superado y el daño consumado; siendo este último el tema central para aplicar en el sector salud en Colombia y de la misma manera conceptuó la Corte Constitucional².

El tema de investigación, una vez revisado, evaluado, analizado y consultado la información disponible en el país y en el derecho comparado en las diferentes referencias bibliográficas y bases de datos digitales, se encuentra que la información es poca e insuficiente como se detalla a continuación y para el cual se estructura el diagnóstico desde dos (2) puntos de vista:

2: Sentencia T-970 de 2014 de la Corte Constitucional, estipuló que la carencia actual de objeto es un fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado”

Uno general, caracterizado por el planteamiento general del daño consumado en la acción de tutela y el segundo que es más específico que se aproxima daño consumado con relación al sector salud, los cuales son objeto de desarrollo del presente trabajo enfocado a la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado y su impacto en la población afectada.

La acción de tutela aplicada en tres (3) casos concretos de salud relacionados con la carencia actual de objeto por daño consumado en casos de salud en Colombia, nos permite plantear la falta de regulación del tema y su impacto. De estos casos con relación al tema de investigación e presenta que no es un hecho aislado, sino que hace parte de la crisis estructural de la salud en Colombia que implica abordar el tema en profundidad para refundar el sistema de seguridad social de la salud que compete a todos como Nación.

Metodología

El enfoque metodológico utilizado en la investigación fue de tipo descriptivo e histórico con un enfoque cualitativo desde el punto de vista jurídico del ámbito del derecho constitucional y administrativo, basado en la visualización de la aplicación de la legislación colombiana a casos de carencia actual de objeto por daño consumado con la aplicación de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales; para lo cual se analizó en el derecho comparado la información disponible del tema, la realización de la caracterización de las figuras de derecho a la salud (hecho superado y daño consumado), los criterios de la carencia actual por daño consumado, los casos concretos de daño consumado en el derecho a la salud en Colombia, la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado y su impacto; arrojando como resultado las conclusiones del presente trabajo.

Caracterización de las figuras de derecho a la salud: Hecho superado y daño consumado

En la investigación de carencia actual de objeto por daño consumado en casos de salud en Colombia se caracterizan las figuras de derecho a la salud, hecho superado y daño consumado que son relevantes para el entendimiento de estos conceptos como punto inicial o de partida como unidad entre el problema y el resultado del proceso investigativo.

Derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud en Colombia tiene una doble connotación en nuestro ordenamiento jurídico al ser un derecho fundamental y un servicio público al tenor de lo expresado en la Constitución Política Nacional. En los artículos 48 y 49 se refieren al derecho a la salud como derecho fundamental y en el artículo 365 constitucional dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho y que la Salud como servicio público debe prestarse de manera oportuna y eficiente en pro de materializar los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo segundo (2º.) constitucional, deprendiéndose que debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

Reglamentariamente el Estado ha regulado el servicio a la salud en la Ley 100 de 1993 y en especial en los artículos 2º, que esbozó sus principios rectores (eficiencia, universalidad, solidaridad, unidad y participación) y 152 en el cual dispuso como objetivo que el sistema general de la seguridad social de la salud crear las condiciones de acceso en toda la población al

servicio en todos los niveles e atención. Posteriormente con la expedición de la Ley estatutaria de la salud (Ley 1751 de 2015), en sus artículos 1°. Garantizó el derecho fundamental a la salud como mecanismo de protección y 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud (Disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, universalidad, pro-homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos y comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueros). El Estado por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia a las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica y aplicará el régimen sancionatorio a que haya lugar; así mismo, que el Estado podrá intervenir el servicio público de seguridad social en salud “ipso iure” consagrado en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

Ante una vulneración del derecho a la salud el afectado o su representante en ejercicio de su legitimación por activa, puede acudir a la Acción de Tutela para buscar efectivizar esa garantía constitucional y un mecanismo idóneo de protección de derechos al tenor de lo reglado en el artículo 86 de la Constitución Política Nacional y el Decreto 2591 de 1991. Modificado por el Decreto 306 de 1992.

Con relación al uso de la acción de tutela en casos de salud por de daño consumado: Perman G.F., (2008), señaló que dada la finalidad preventiva que caracteriza a la acción de amparo no era necesario acreditar la existencia de un daño consumado para su procedencia y Bazán Víctor,

(2008), manifestó que la finalidad de la acción de amparo es preventiva y no requiere la existencia del daño consumado en resguardo de los derechos, constituyéndose en un medio eficaz y suficiente para satisfacer el interés del accionante.

Mientras que Arrieta C.S, (2018), realizó énfasis en que la acción de tutela contra las acciones u omisiones que hayan producido hechos o daños consumados y por ende no puede generar efectos inmediatos, cautelares y preventivos. También con respecto a la carencia actual de objeto de la acción de tutela por daño consumado, expresó que: “(...) se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño causado por la vulneración del derecho fundamental” y que por regla general el daño consumado es improcedente por medio de acción de tutela al ser incompatible con su objetivo preventivo y protector de los derechos fundamentales, porque si se produjo la tutela, esta carece de objetivo y el juez debe declararla improcedente la acción, tomando como fundamento legal el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y la Sentencia T-758 de 2003 de la Corte Constitucional.

El uso de la acción de tutela como mecanismo de amparo o de protección de derechos, Zapata M.K. y otro (2017), expresó que: “(...) La acción de tutela no procede cuando existe otro recurso medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable, tampoco procede cuando para proteger el derecho se pueda invocar habeas corpus, cuando se pretenda proteger derechos colectivos, cuando la violación del derecho generó un daño consumado y por último procede cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

En el país de 947 hospitales y clínicas 250 instituciones de salud se encuentran en riesgo financiero en nivel mediano a alto³ inmersos en la coyuntural crisis del sector salud que afecta a los usuarios y pacientes a lo largo y ancho de nuestra geografía nacional y cuyos diagnósticos médicos más críticos recurren a la acción de tutela como esperanza institucional y medida jurídica para presentar su derecho a no estar enfermo y disfrutar en plenitud su vida y su salud con calidad y continuando con las estadísticas poco alentadoras del panorama crítico de salud en Colombia, tenemos que, en el año 2018, 207.734 colombianos presentaron acciones de tutela relacionadas con la vulneración al derecho a la salud de las 607.308 presentadas en el país⁴, es decir, el 34% de acciones de tutelas presentadas en 2018 corresponden a la vulneración del derecho a la salud y cada 2,5 minutos se presenta una tutela en salud, deduciéndose que el 92% (1.019) del total de 1.104 de municipios colombianos⁵ (Incluyendo el Municipio de Barrancominas- Guainía creado en 2019 y Bogotá, D.C.), al menos un ciudadano interpuso una acción de tutela que invocó el derecho a la salud, relacionada con la petición de tratamientos, citas médicas y medicamentos, principalmente, y de intervenciones médicas quirúrgicas encabezadas por cirugías a la cabeza (TAC- tomografía axial computarizada y detección de tumores), oncología (diagnóstico y tratamiento del cáncer), ginecología, enfermedades urinarias, circulatorias y oseomusculares,

3. Ministerio de Salud y Protección Social. Estadísticas 2018

4. Defensoría del Pueblo. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018”

5. DANE- Departamento Administrativo Nacional de Estadística y Registraduría Nacional del Estado Civil

Hecho superado

La Corte Constitucional definió el concepto de hecho superado en la Sentencia T-038 de 2019 como el “(...) momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales, alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u obtención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”.

En situaciones de la figura de hecho superado, para Garcés V. P., (2014), precisó que cuando las situaciones pueden ser consecuencias de la conducta que presuntamente genera una violación o amenaza del derecho fundamental están definidas, surge la figura del hecho consumado, para lo cual referenció las sentencias de la Corte Constitucional T-452 de 1993, T-596 de 1993, T-138 de 1994, T-012 de 1995, T-346 de 1996, T-124 de 1998, T-150 de 1998, SU-747 de 1998 y la T-613 de 2000”.

Daño consumado

También la Corte Constitucional mediante Sentencia T-038 de 2019, conceptuó con respecto al Daño Consumado: “(..) Es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro.

Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la vulneración de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración, pues, esta acción fue concebida como preventiva más no indemnizatoria”.

Con relación al daño consumado, Gálvez C.A., (2015), expresó que: “(...) en realidad un daño actual o presente, en el sentido de que puede ser objeto de reclamación y determinación en las mismas condiciones que el daño ya consumado en el patrimonio del daño al tiempo de la fijación de la cuantía indemnizatoria” y que “(...) Este es un hecho decisivo que separa nítidamente el incierto daño sobrevenido y el daño por pérdida de una oportunidad en este, el hecho que determinó la pérdida de la oportunidad ya se ha consumado y lo único que cabe entonces es decidir si el daño resulta o no indemnizable, mientras que respecto al daño que está todavía por manifestarse (o no) en el futuro, es razonable esperar para comprobar si dicho daño se materializará (o no) definitivamente, de lo que se hace depender su certeza y, por tanto, su reclamación”.

Así mismo, sobre el daño consumado, Segovia V.J., (2016), planteó que en ella la Corte Constitucional al revisarla el 15 de diciembre de 2014, declaró la carencia de objeto por daño consumado, definiendo este como “(...) aquel hecho que genera la pérdida de la finalidad u objetivo del recurso o procedimiento, ya sea de carácter ordinario o constitucional configurando pérdida de la materia o litis para resolver” y que “(...) la causal de improcedencia de daño consumado podría considerarse como aquella figura que depura el proceso, ya que evita el conocimiento de todo asunto sin litis u objeto de la acción de tutela”.

Las diferencias entre los conceptos del hecho superado y daño consumado relativo a la carencia actual de objeto en casos de salud se relacionan en el siguiente cuadro:

Tabla 1.

Diferencias entre hecho superado vs daño consumado

Concepto	Hecho superado	Daño consumado
Acción de tutela	Es procedente	Es improcedente
Accionado	La Entidad actuó	La Entidad no pudo actuar
Pretensiones	Fueron objeto de satisfacción por parte del accionado	No fueron satisfechas
Daño derechos como es la acción de tutela	Fue superado	Ejecutado Existencia de imposibilidad de evitar la vulneración al derecho o el peligro
Perjuicio	Se superó	Se puede resarcir
Indemnización	No hay	Si hay, si se interponen las respectivas demandas por responsabilidad civil extracontractual para el sector privado o el medio de control de reparación directa en caso de responsabilidad extracontractual por el daño

antijurídico de
responsabilidad subjetiva
(falla en la prestación del
servicio de salud), una vez
probado los hechos y
adelantado el respectivo
proceso.

Fuente: Elaboración propia (Olaya, 2019)

A continuación, se relacionan las semejanzas o similitudes entre la carencia actual de objeto por hecho superado y carencia actual de objeto por daño consumado, dado que ambas figuras hay:

- ✓ Carencia actual de objeto
- ✓ Un accionante afectado por el derecho a la salud
- ✓ Un mecanismo de protección de derechos como es la Acción de tutela
- ✓ Un fallo de fondo en la sentencia

Criterios de la carencia actual de objeto por daño consumado

Revisada la figura de la carencia actual de objeto por daño consumado con su respectiva jurisprudencia en el ordenamiento jurídico vigente, se infiere los siguientes criterios, a saber:

Vulneración del derecho fundamental: Vulneración del derecho a la salud por parte de la
EPS

(Empresa Promotora de Salud) e IPS (Instituto Prestador de Servicios de Salud) y entidades del sector salud.

Daño consumado: En la carencia actual de objeto el daño consumado no fue reparado y la vulneración del derecho a la salud, contrario senso; fue generado por la falta o ausencia de la garantía del derecho a la salud del accionante, el cual pretendía solucionar ante el juez constitucional.

Perjuicio: Como el daño fue consumado vulnerándose el derecho a la salud, la entidad accionada debe reparar el daño, para lo cual se debe resarcir con la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados al paciente.

Decisión del juez constitucional: Tanto el juez de amparo como la instancia de revisión deben pronunciarse de fondo ante el demandante o sus familiares sobre la vulneración y el alcance del derecho de salud objeto de tutela, sobre las acciones jurídicas para buscar la reparación del daño y a las autoridades competentes para que investiguen la conducta de la parte demandada o accionada en caso que presuntamente causaron el daño por acción u omisión

Aunque hay que tener en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia T-070 de 2009 impuso sanción a los demandados cuya conducta culminó en la vulneración a los derechos fundamentales que derivó en el daño. En la carencia actual de objeto por daño consumado el juez constitucional debe pronunciarse en su fallo de fondo exponiendo las razones por las cuales se generó el perjuicio al accionante y realizar las advertencias respectivas atinentes a que no se repitan hechos similares.

Así mismo, es relevante mencionar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la carencia actual de objeto por daño consumado en casos de salud en Colombia como fuente

importante para determinar el impacto por la falta de regulación, la cual se describe a continuación:

Tabla 2.

Jurisprudencia de la carencia actual de objeto por daño consumado

Acción de Tutela	Descripción
Sentencia T-557 de 2010	Daño consumado- Muerte del demandante en el trámite de la Acción de tutela por negación de prestación de servicios de salud.
Sentencia T- 200 de 2013	Daño consumado- Vulneración del derecho a la salud por tratamiento médico derivado del traslado docente continuo.
Sentencia T-414 A de 2014	Daño consumado- Muerte del demandante en el trámite de la Acción de tutela por desatención médica y no inclusión al SISBEN
Sentencia T-142 de 2016	Daño consumado- Muerte del demandante en el trámite de la Acción de tutela por negación de prestación de servicios de salud.
Sentencia T-423 de 2017	Daño consumado- Muerte del demandante en el trámite de la Acción de tutela por trabas en la práctica del procedimiento de eutanasia, derecho a la salud y el derecho a morir dignamente.

Sentencia T- 038 de 2019

Daño consumado- Muerte del demandante en el trámite de la Acción de tutela por negación de prestación de servicios de salud.

Fuente: Elaboración propia (Olaya, 2019)

Con relación a la Sentencia T-423 de 2017 y el caso concreto de la eutanasia, Segovia V.J., (2016), expresó: “(...) la acción de tutela colombiana contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en específico la obligación de un recurso adecuado y efectivo.

Primero: el recurso es adecuado hasta el momento de muerte de la solicitante. Posteriormente a esto adquiere calidad contraria, ya que el hecho de continuar con el procedimiento únicamente podría generar el pago de indemnizaciones por daños consumados, y no la muerte digna.

Segundo, es inefectivo porque no cumplió con el objeto del proceso que fue proteger la omisión de la institución de salud ante la negativa de ejecutar el procedimiento de eutanasia. No obstante, los efectos que generó la negativa a la acción de tutela en primera instancia, la interpretación en revisión de la Corte Constitucional amplió la protección del derecho a morir dignamente”.

Casos concretos de daño consumado en el derecho a la salud en Colombia

Los casos concretos de daños consumados en el derecho a la salud en Colombia enfocados a presentar la realidad de la carencia actual de objeto afectando a usuarios y pacientes sin distinción

alguna; vulnerando el derecho a la salud con su doble connotación de derecho fundamental y de servicio público.

En el desarrollo de este subtema del caso concreto de daño consumado, se analizaron las Sentencias de tutela T-557 de 200, T-142 de 2016 y T-038 de 2019, a saber:

Tabla 3.

Análisis de Sentencia T-557 de 2010

Acción de Tutela	Descripción
Accionante	Señor XY quien actúa como agente oficioso de su hermano XZ
Accionado	E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A., con citación oficiosa del Ministerio de la PROTECCIÓN Social y la Secretaría Departamental del Valle del Cauca
Situación fáctica	El señor XY (paciente con enfermedad del SIDA) no recibió la continuidad del servicio de salud por parte de su E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A., alegando mora en las cotizaciones en los años 2007 y 2008 y que a pesar que en 2009 canceló los meses adeudados, su E.,P.S., solicitándole la prestación del servicio de salud, respondiendo que no accedía a prestarle el servicio por su enfermedad diagnosticada, a pesar de estar recluso en el Hospital

	Universitario del Valle en la ciudad de Cali y durante el trámite de la acción de tutela , fallece.
Vulneración del derecho fundamental	Derecho a la salud y a la seguridad social y el derecho a la vida
Sentencia de primera instancia- Juzgado Décimo Civil Municipal de Cali	En la decisión 16 de julio de 2009, el juez no accedió a tutela de los derechos fundamentales.
Sentencia de segunda instancia- Juzgado Quinto Civil de Circuito de Cali	En la decisión 18 de septiembre de 2009, el juez confirmó el fallo de primera instancia.
Sala de revisión Corte Constitucional	<p>En la decisión del 7 de julio de 2010, la Corte Constitucional resolvió:</p> <p>Revocar la decisión de primera instancia.</p> <p>Declarar la carencia actual de objeto por hecho consumado</p> <p>Compulsar copia del expediente de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud para la investigación respectiva a la E.P.S. Occidental de Salud S.A. S.O.S., con ocasión de la negligencia en la prestación del servicio del accionante.</p> <p>Compulsar copia al Consejo Superior de la Judicatura del Valle del Cauca, para que investigue disciplinariamente al juez de segunda instancia, por remitir extemporáneamente el expediente de tutela a la Corte Constitucional.</p>

Daño consumado	El señor XY falleció el 9 de julio de 2009 en Cali
Perjuicio	No hubo pronunciamiento.

Fuente: Elaboración propia (Olaya, 2019)

Tabla 4.

Análisis Sentencia T-142 de 2016

Acción de Tutela	Descripción
Accionante	Personera Municipal de Neiva (E) en representación del señor Juan Manuel Calderón Gutiérrez
Accionado	Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá y la Secretaria de Salud Departamental del Caquetá
Situación fáctica	El accionante sufría de la enfermedad leucemia mieloide aguda, para lo cual solicitó al Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá autorizar el paquete completo de trasplante alogénico (procedimiento) de células madre en la Clínica Marly en Bogotá, ordenado por su médico tratante y durante el trámite de la acción de tutela, fallece.
Vulneración del derecho fundamental	Derecho a la salud e integridad personal
Primera instancia- Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva	En la decisión 30 de julio de 2015, el juez ordenó al Fondo del Magisterio autorizar y realizar los procedimientos, terapias, exámenes diagnósticos, citas médicas y entregar los

	insumos y medicamentos que sean ordenados por el médico tratante.
Segunda instancia-Tribunal Superior de Neiva	En la decisión 15 de septiembre de 2015, el juez revocó la sentencia de primera instancia y negó pretensiones del accionante al considerar que la entidad accionada le ha prestado los servicios médicos que ha requerido el tutelante.
Sala de revisión Corte Constitucional	En la decisión del 28 de marzo de 2016, la Corte Constitucional, resolvió: Revocar la decisión de primera instancia. Declarar la carencia actual de objeto por daño consumado Compulsar copia del expediente de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud para la investigación respectiva al Fondo Asistencia del Magisterio del Caquetá. S.O.S., con ocasión de la posible falta en la que pudo incurrir el accionante en la prestación del servicio de salud. Prevenir al Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá para que no vuelva a incurrir en conductas como la de la acción de tutela y a que garantice todos los servicios ordenados por el médico tratante sin dilaciones
Daño consumado	El accionante falleció el 31 de agosto de 2015
Perjuicio	La Corte Constitucional recordó a la familia del accionante que tiene derecho a interponer acciones de carácter

patrimonial contra el responsable del daño ante la
jurisdicción competente.

Fuente: Elaboración propia (Olaya, 2019)

Tabla 5.

Análisis Sentencia T-038 de 2019

Acción de Tutela	Descripción
Accionante	Feliz Antonio Sandoval Ararat
Accionado	Nueva EPS
Situación fáctica	El accionante mediante derecho de petición del 26 de octubre de 2017 a la Nueva EPS, solicitó autorización de transporte en la ruta (Buenos Aires- Cauca a la ciudad de Cali), para la realización de tres (3) hemodiálisis por semana en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), para lo cual al momento de la interposición de la acción de tutela no había recibido respuesta. y durante el trámite de la acción de tutela, fallece.
Vulneración del derecho fundamental	Derechos a la salud, a la vida digna, a la igualdad y de petición
Primera instancia- Juzgado Promiscuo Municipal de Buenos Aires (Cauca)	En la decisión del 31 de enero de 2018, el juez dio por terminado el trámite de acción de tutela al no poder notificar al accionante.
Sala de revisión Corte Constitucional	En la decisión del 1 de febrero de 2019, la Corte Constitucional, resolvió:

Revocar la sentencia de primera instancia

Declarar la carencia actual de objeto, dado el fallecimiento del accionante.

Compulsar copia al Consejo Superior de la Judicatura del expediente de tutela, para que adelante las acciones que estime pertinentes.

Advertir al Juzgado Promiscuo Municipal de Buenos Aires (Cauca) que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en conductas como emitir fallos de tutela en los que se “de por terminado el trámite” ante la aparente imposibilidad de notificar a la parte accionada o remitir de manera tardía los expedientes de tutela a la Corte Constitucional.

Daño consumado

El accionante falleció el 5 de diciembre de 2018

Perjuicio

No hubo pronunciamiento

Fuente: Elaboración propia (Olaya, 2019)

La falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado:

En el tema de la carencia actual de objeto por daño consumado en casos de salud en Colombia se ha evidenciado en las diferentes acciones de tutela que interponen los accionantes al ser este mecanismo de protección de derechos fundamentales e individuales efectivo en situaciones críticas de salud porque es la instancia que permite acceder a la reclamación de un

derecho fundamental como es el de la salud, pero en el transcurso del amparo el accionante fallece, configurándose la figura de carencia actual de objeto por daño consumado.

La única fuente de derecho que tiene la figura de carencia actual de objeto por daño consumado es la jurisprudencia y la doctrina, dado que en nuestro país tiene el ordenamiento jurídico vigente en el sector salud no responde a las necesidades de la población que adolece de estados clínicos o diagnósticos críticos generados principalmente por la deficiente y regular prestación del servicio de manera integral desde su acceso, el suministro de medicamentos, la continuidad del servicio de salud, cobertura, entre otros aspectos que afectan a la población colombiana.

La ausencia de reglamentación específica para abordar la figura de carencia actual de objeto por daño consumado es un claro ejemplo del descuido y abandono del Estado a los pacientes y entorno familiar que tienen problemas de salud generalmente críticos reflejándose la situación de la crisis de salud existente en el país en el cual primero muere el accionante antes de lograr una respuesta médica oportuna e inmediata e integral como se evidenció en las acciones de tutela objeto de análisis.

Aunque la acción de tutela es improcedente para casos de daño consumado es el único mecanismo judicial de amparo al derecho a la salud, que no debería ser la figura jurídica apropiada para la solución de casos críticos y complejos de salud, teniendo en cuenta que es un servicio público y con relación a esa atención de salud, Álvarez M. J. (1988), describió que la práctica anticipada en la atención primaria a la salud, se debería generar una estrategia para

producir un servicio ante un daño consumado, para identificar los sujetos a riesgo de ciertos daños.

De la misma manera, es necesario citar que con relación a la falta de regulación y al uso de la acción de tutela, la revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Norte, en el artículo denominado “El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana”, planteó referente a la previsibilidad o anticipación del peligro que la finalidad de la acción de la tutela a la luz del derecho, no es solamente la de sancionar daños consumados sino sancionar la probabilidad del daño al bien jurídico tutelado y aunque existan dudas del peligro del daño asegurar que este no ocurra y a Ávila S.R., (2007), manifestó que cuando existe inminencia del daño grave, se ha expresado que no procede en casos de daño consumado.

Sin embargo, las dificultades que tienen los pacientes y su entorno familiar en la figura carencia actual de objeto por daño consumado no es un tema aislado a la crisis estructural del sector salud que en la actualidad ha tocado fondo, principalmente por la liquidación de varias empresas promotoras de salud (EPS), quejas de usuarios, dificultades al acceso y calidad en el servicio integral de salud, baja cobertura del servicio, desempeño ineficiente de las EPS, casos de desnutrición infantil, debilidades en los procesos de vigilancia, inspección y control a la salud, acumulación de tutelas, desacatos y procesos judiciales y problemas financieros de los actores de la salud, entre otros aspectos; es el panorama crítico y real de la prestación de este servicio público que ha colapsado.

El impacto por la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado:

El impacto por la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado es directo, negativo, social y económico para los pacientes y entorno familiar dado a que se ven obligados a recurrir a la acción de tutela como mecanismo improcedente y único medio para buscar proteger su derecho fundamental a la salud y demás derechos conexos con el fin de salvaguardar su propia vida y mejorar sus condiciones de salud que tienen un final triste y lamentable de la población con cuadros médicos críticos al terminar falleciendo antes de encontrar una solución a su problemática de salud de manera oportuna, eficiente e integral.

El impacto generado por la ausencia o falta de regulación al derecho a la salud ha conllevado a que la jurisprudencia configure la carencia actual de objeto por daño consumado a cargo del juez constitucional y a preguntarse un ciudadano del común ¿dónde queda el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y el derecho fundamental a la salud y servicio como tal a cargo del Estado?, porque mientras que no haya una regulación específica y fortalecida para los casos esbozados en los análisis de sentencia de tutela seguirán presentándose en nuestro país, hasta que no se regule el tema y se aplique un sistema de salud integral acorde con la condición humana de los pacientes, teniendo en cuenta que lo único que buscaban era mejorar su condición de salud y preservar sus vidas en medio de sus parientes, amigos y familiares.

De esta manera el impacto por la falta de regulación en la carencia actual de objeto por daño consumado y de la misma crisis estructural de la salud, amerita una refundación del sistema de seguridad social de la salud que compete a todos interesados (stakeholders) desde la ciudadanía

en general, la sociedad civil, usuarios, empresas, gremios, usuarios, pacientes, empresas, gremios, Entidades del sector salud, el Ministerio de Salud y Protección Social y el gobierno nacional.

El tema objeto de investigación impacta en el bienestar de la población tanto en su acceso a la atención como en la calidad del servicio, requiriendo su urgencia en el análisis y reglamentación desde un enfoque moderado para fortalecer las organizaciones, debatir la eliminación de las EPS, un mayor control, vigilancia e inspección a los prestadores de salud a cargo del Estado, y la detección de enfermedades a tiempo con indicadores y aplicación de medidas preventivas para minimizar las acciones curativas asistencialistas y con ello costos, entre otros aspectos; remediarían el impacto de la falta de regulación y la crisis del sector salud en Colombia.

Finalmente, los pacientes afectados relacionados en los casos presentados por la ineficiencia e inoperatividad del derecho a la salud como condición de vida saludable inherente al principio de dignidad humana constitucional añoraban que socialmente y jurídicamente este derecho fuera un sistema universal público y no lucrativo, no segmentado por capacidad de pago, que fuera libre y gratuito, porque el Estado tiene el deber de ser garante al derecho de salud; por ello, quién sabe en el futuro cuantos más pacientes y usuarios recurran a la acción de tutela reclamándole al juez constitucional su derecho la salud que implica calidad de vida y mueran antes de llegar esa atención médica prioritaria y necesaria (procedimiento, cirugía, tratamiento o medicamento) al presentarse dilaciones en la tardía intervención, deficiencias en la atención preventiva médica, entre otros inconvenientes; para lo cual ya se ha consumado el daño y se carece actualmente de objeto, al no existir ni paciente ni enfermedad.

Conclusión:

La acción de tutela es improcedente cuando se ha consumado la vulneración de un derecho fundamental como es la salud, dado que la acción de tutela es preventiva y no tiene carácter indemnizatorio dado que la carencia actual de objeto se configura cuando en las pretensiones presentadas en una acción de tutela al decidir las el juez constitucional no tendría ningún efecto, cuyo impacto por la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado es directo, negativo, social y económico para los pacientes y entorno familiar; esta situación los obliga a recurrir a la acción de tutela como un mecanismo improcedente y único medio para buscar proteger su derecho a la salud. Por ende, la falta de regulación de carencia actual de objeto por daño consumado en casos de salud en Colombia, se encuentra inmersa dentro de la crisis estructural del sector que tocó fondo, principalmente por la liquidación de varias empresas promotoras de salud (EPS), quejas de usuarios, dificultades al acceso y calidad en el servicio integral de salud, baja cobertura del servicio, desempeño ineficiente de las EPS, casos de desnutrición infantil, debilidades en los procesos de vigilancia, inspección y control a la salud, acumulación de tutelas, desacatos y procesos judiciales, una mayor demanda de servicios y medicamentos por fuera del plan obligatorio de salud (POS), corrupción y problemas financieros de los actores de la salud, entre otros aspectos; es el panorama crítico y real de la prestación de este servicio público que colapsó ameritándose una refundación del sistema de seguridad social de la salud que compete a todos interesados (stakeholders) los usuarios, pacientes, empresas, gremios, Entidades del sector salud y al gobierno nacional.

Referencias

- Álvarez Manila, José Manuel. 1988. México. Salud Pública de México. (2008). *Atención primaria a la salud*. México.
- Anaya Torres, María Alejandra. 2012. Barranquilla. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Norte. (2012) *¿Cómo ha empleado el estado el derecho penal como medio de control social?*. Barranquilla.
- Arrieta Corena Steffi. 2018. Barrancabermeja, Universidad Cooperativa de Colombia (2018). *Reglas jurisprudenciales para la procedencia de la acción de tutela contra las vías de hecho de orden judicial*. Barrancabermeja.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2007. Quito. Revista PUCE de la Universidad Católica del Ecuador. (2007). *Las garantías constitucionales, restricción o fortalecimiento*. Quito (Ecuador).
- Bazán Víctor. 2008. San Juan- Argentina. Revista de Derecho Político de la Universidad Católica de Cuyo. (2002). *Reflexiones acerca de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino*. San Juan (Argentina).
- Castro Martínez, Cristhian David. 2018. Barrancabermeja. Universidad Cooperativa de Colombia. (2018) *La procedencia de la acción de tutela en casos excepcionales frente a fallos judiciales*. Barrancabermeja.
- Defensoría del Pueblo. 2018. Bogotá. La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad Social. (2018). Bogotá, D.C.
- Echeverría Galeas, Lucía. 2003. Quito. Revista del Instituto de Altos Estudios Nacionales. (2003). *La inseguridad jurídica generada por la mala práctica en el amparo constitucional*. Quito (Ecuador).

- Gálvez Criado, Antonio. 2015. Málaga. Revista de la Universidad de Málaga. (2015) *El daño sobrevenido*. Málaga (España).
- Garcés Vásquez, Pablo Andrés. 2014. Envigado. Revista de la Institución Universitaria Envigado (2014). *Acciones Constitucionales: Una aproximación a la eficacia y efectividad de los derechos*. Envigado (Colombia).
- Macchi Céspedes, Fray Erico Juan. 2010. Bogotá. Revista PRINCIPIA IURIS NO.14. (2010). *La Salud en Colombia. ¿Cuestión de vida o de derecho?* Bogotá, D.C.
- Perman Guillermo Adrián. 2008. Buenos Aires. *Amparo, proceso urgente*. (2008) Buenos Aires (Argentina).
- Sánchez Moreno, Johan Sebastián. 2017. Bogotá. Revista Universidad Católica de Colombia. *La protección de los derechos de los consumidores en Colombia: El caso de la acción de tutela*. Bogotá.
- Segovia Villeda, José de Jesús. 2016. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2016). *Carencia actual de objeto, interpretación para dotar de efectividad a los recursos constitucionales de protección de derechos fundamentales. Análisis a la luz de la acción de tutela colombiana sobre eutanasia (T-4067.849)*. México.
- Zapata Muñoz, Karol Viviana y otro. 2017. Bogotá. *Acceso a la salud de personas en condición de discapacidad del Régimen Subsidiado en los años 2015 y 2016 en Colombia*. (2017). Bogotá.