

# **EFFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES DECRETADAS EN LA ACCIÓN DE TUTELA.**

## **Referencia de caso en el Juzgado Noveno Civil Municipal del Distrito Judicial de Cúcuta**

**Autores: Ana Milena Peralta López, Fred Anderson Acevedo Gorsira, Andrés Anibal Herrera Bernal**

### Introducción

Las medidas provisionales otorgadas por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cúcuta en el año 2015, tienen importantes consecuencias para la consolidación del reconocimiento de los derechos humanos. Pues las medidas provisionales otorgadas por el mismo, tutelaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, entre otros derechos, dentro de los cuales se ordenaba que se realizaran todos los tratamientos médicos indicados para protegerlos. Con la dictación de estas medidas provisionales, la decisión contiene al menos tres aspectos que merecen atención: primero, las medidas reiteran el razonamiento que se había desarrollado en los diferentes casos que se presentan en la cotidianidad de éste Despacho judicial. Segundo, las medidas provisionales reconocen explícitamente la dimensión psíquica del derecho a la salud, lo que también reitera el alcance de su protección desde el derecho a la integridad personal y; por último, las medidas provisionales solidifican el reconocimiento de los derechos reproductivos.

Este trabajo de grado abordará el valor de las medidas provisionales para comprender la efectividad de su contenido para la jurisprudencia. Así mismo, se dará cuenta de manera general de los hechos que dieron origen a la dictación de las medidas provisionales por el mencionado Despacho judicial, para finalmente abordar las principales implicancias de esta resolución de acuerdo a los tres puntos planteados.

### Planteamiento del problema

Ante la evidencia y continua visualización de nosotros como estudiantes de la Especialización de Derecho Procesal, Cohorte XII, de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, y teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático y pluralista reconocido por la misma Constitución, país llamado a defender las garantías constitucionales de interés general para todos los ciudadanos, en especial la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el habitado hecho de que la realidad social, jurídica y política del país, está en crisis, que se refleja con trabas en la administración de justicia, la difícil situación en la prestación de los servicios públicos, entre los que se cuenta

el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se observa la ausencia del control del Estado para frenar el abuso de poder y la arbitrariedad de las instituciones.

Por generaciones, esta problemática ha sido consecuencia de la violencia frecuente que flagela al país, las migraciones internas de poblaciones, la desprotección de niños, el poco respeto por la dignidad de la persona humana, y la vida digna de las mismas, etc. ha hecho inevitable invocar el artículo 86 de la Constitución de Colombia, la Acción de Tutela, y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, ya que se constituye como un instrumento jurídico breve y sumario que puede ser utilizado por cualquier ciudadano para hacer efectivos los derechos fundamentales que considera le han sido vulnerados o en peligro inminente de que suceda por la acción o la omisión de una autoridad pública, o un particular del cual el actor constitucional sea dependiente o se encuentre en estado de desamparo. (Jiménez, 2014)

De tal forma que la acción de tutela aparece como el mecanismo más expedito para responder a las demandas ciudadanas para la protección de sus derechos fundamentales que requieren acción inmediata de parte del juez.

Dentro de este inmenso poder del juez de tutela y apartir de su regulación, se estipula en los artículos 7 y 8, la aplicación de las medidas provisionales, u otros recursos judiciales del carácter de medidas transitorias, medidas cautelares o de amparo, en los casos donde a pesar de existir otras vías judiciales para instaurar la demanda, se comprueben actos donde haya violación esencial de derechos fundamentales, a cautela del juez, se ordena la suspensión provisional de los actos de acción u omisión que amenazan los derechos que se invocan en la tutela, en tanto se inicia o continúa el trámite legal ordinario que resuelva mediante sentencia a favor o en contra de la pretensión que se tutela.

Por lo tanto, y en virtud de lo anterior, se pretende desarrollar cual es el campo de acción y el nivel de efectividad de estas mismas medidas al ser decretadas por el Juez, que da la posibilidad de darles cumplimiento a los derechos fundamentales diseñados en la Constitución colombiana, ya que de lo contrario, si solo se permitiese que por vía ordinaria se adelantara la pretensión, el cese de la violación del que viene siendo objeto el accionante podría trastocarse en daño, lesionandose gravemente los derechos fundamentales.

## **Justificación**

El interés para abordar ese tema radica no sólo en el problema que significa el acceso a los servicios de salud de manera eficaz dado el diseño mercantilista del sistema general de seguridad social en salud que rige en la actualidad en Colombia, sino también, por el abuso en la utilización de esta figura al momento de decidir sobre un asunto que en muchos casos es competencia de un proceso por vía judicial ordinaria; lo anterior, sin detrimento de la decisión del juez, cuando haya necesidad de dictar medidas provisionales u otra clase de recursos judiciales que la ley permite de carácter cautelar, preventivo o transitorio, en el instante que la situación de vulneración o indefensión lo amerite, orientada a garantizar y proteger los derechos fundamentales y a evitar que se produzcan daños previstos, como consecuencia de la infracción o amenaza que se invoca y en conformidad con las circunstancias que rodean el caso.

Igualmente, se plantea como hipótesis, que el desconocimiento general que se tiene acerca de la figura de la acción de tutela, de los principios que la rigen, y sus procedimientos, hace que se utilice de manera ineficaz, y por lo tanto la consecuencia de la congestión que este tipo de acciones constitucionales ocasionan en los despachos judiciales. Unido a lo anterior, se encuentra la complejidad que reviste la interpretación de la ley, mediada por la comprensión subjetiva de las partes en conflicto, lo que inclusive alcanza la misma decisión por parte de los operadores de justicia, quienes están revestidos de facultades especiales para determinar si de hecho las garantías constitucionales que protegen el derecho a la salud están siendo transgredidos según el análisis y los argumentos esgrimidos por quien invoca la solicitud de la acción de tutela.

### Formulación del problema

¿Cuál ha sido el grado de efectividad de las medidas provisionales proferidas en sede de acción de tutela y los fundamentos para emitir la orden cautelar?

### Esquema de resolución al problema

Para responder al problema jurídico planteado se abordarán las siguientes temáticas: i) Identificar las providencias que han decretado medidas provisionales en los procesos de tutela y los derechos fundamentales alegados como amenazados o vulnerados, ii) Caracterizar las órdenes proferidas en virtud de las medidas provisionales ordenadas, iii) Analizar el cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas antes de que sea proferida la sentencia en primera instancia<sup>1</sup>.

#### 1. La acción de tutela en Colombia

La acción de tutela es el instrumentos constitucional que ha permitido la protección efectiva de los derechos fundamentales en Colombia. A partir de ella ha sido posible que los ciudadanos y personas que habitan el territorio nacional alcancen en su vida la materialización de sus derechos y no solo un reconocimiento formal en el texto de una hoja de papel.

---

<sup>1</sup> Se pretende identificar el enfoque jurídico dado a un caso de medidas provisionales decretadas en las acciones de tutela que avoca el Juzgado Noveno Civil Municipal del Distrito Judicial de Cúcuta, para medir el grado de efectividad y cumplimiento de las mismas.

Teniendo en cuenta que nuestro enfoque se basa en establecer la necesidad e importancia de la efectividad en las tutelas provisionales decretadas en el mencionado Despacho Judicial, es por lo que se hace necesario hacer un seguimiento al cumplimiento de las medidas provisionales impuestas en éste Despacho judicial.

Mediante el método deductivo directo se llegará a una conclusión sin intermediarios, tan solo con el análisis de los informes allegados por el despacho sobre las acciones de tutela que allí conocieron, tabulando las mismas haciendo la diferenciación de cuales se hizo la solicitud de medidas, en cuales se decretaron y cuales llegaron a cumplirse.

Todo esto es posible en virtud de la forma de Estado que decidió asumir Colombia en su Constitución, al erigirse como Estado de Derecho, lo cual significa que las actividades de la administración pública están limitadas por el derecho, porque es un sujeto de derechos, por ejemplo que puede ser declarado responsable si daña; así mismo, al edificarse como Estado social, se significa que existe una permanente preocupación por lo que ocurre en la sociedad, por sus necesidades y tragedias, sobre las cuales el Estado no puede ser indiferente como si se tratara de un juego de libre oferta y demanda; sumado a la ideología liberal, la cual se ve controlada por ese Estado social que le exige al Estado, por ejemplo, que debe prestar los servicios públicos donde ese libre juego de oferta y demanda no hace atractivo la prestación del servicio por particulares; finalmente, todas estas ideologías se conjugan y como mecanismo de control entre unas y otras surge las acciones desde el derecho procesal. (Clavijo, Agudelo 2014) Al respecto dispone el artículo 89 constitucional:

**ARTICULO 89.** Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

De tal forma que desde este fundamento constitucional se estructura las diferentes acciones, no podría ser otro el sentido de la expresión “Además de los consagrados en los artículos anteriores...”, dentro de los cuales se encuentra la tutela, en el artículo 86, el cual dispone:

**ARTICULO 86.** 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.

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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Como se observa, de esta forma se dispone el alcance de la acción de tutela, la cual encuentra como poder en su orden que “La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo...”; de donde es posible concluir

que no se desarrolla ningún poder cautelar dado que la orden se da en la sentencia; sin embargo, esta orden se desarrolla en el decreto reglamentario de la acción de tutela, proferido en virtud de la competencia que le otorgó el artículo 5ª transitorio de la Constitución así:

**ARTICULO TRANSITORIO 5.** Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para:

- a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal;
- b) Reglamentar el derecho de tutela;
- c) Tomar las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura;
- d) Expedir el Presupuesto General de la Nación para la vigencia de 1992;
- e) Expedir normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales.

De tal forma que es a partir de ese mandato del literal b) que otorga competencia para “reglamentar el derecho de tutela”, que se construye la orden que es objeto de estudio en este documento, la medida provisional, la cual se construyó al siguiente tenor:

**ARTICULO 7º**-Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado. (Decreto 2591, 1991)

Dentro de este referente normativo es posible identificar que el poder cautelar es innominado, dado que sin importar la pretensión que se tenga por el demandante en tutela, y a partir de los hechos que definan la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales

fundamentales, el “...juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.”<sup>2</sup>

Así las cosas, al igual que frente al alcance de la orden en la acción de tutela leída desde el artículo 86 de la Constitución, es igual de indefinido desde la orden de medida provisional leída desde el artículo 7 del decreto reglamentario, con lo cual el juez puede ordenar cualquier tipología de mandato, bien sea de hacer o no hacer, y hasta en el dar tal como ocurre en los casos en que se ordena el pago de sumas de dinero, como sucede con el pago de incapacidades, etc.

## 2. La orden de medida provisional en la tutela: medida cautelar

Visto lo anterior, resulta necesario realizar un recorrido jurisprudencial a fin de caracterizar a la orden de medida provisional en el juez de tutela desde algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional al resolverse casos concretos en control concreto de constitucionalidad. En lo atinente se ha indicado:

2.- La Corte Constitucional ha precisado que procede el decreto de medidas provisionales frente a las siguientes hipótesis: (i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación.

...

Por estas razones no encuentra la Sala fundamento para dictar medida alguna “*de conservación o seguridad*” dirigida, tanto a la protección del derecho como a “*evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados*”<sup>[3]</sup>. Tampoco se aprecia que la situación planteada por el actor amerite una orden de suspensión “*para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante*”, pues, por el contrario, aparte de significar la culminación de un proceso constitucional de protección iusfundamental, la sentencia de la *segunda tutela* determina si existe o no objeto a controvertir en el presente proceso de tutela, es decir, en la *primera tutela*. (Auto 258, 2013)

En el anterior caso se negó la solicitud de medida provisional.

En otra de las providencias se motiva:

2. La medida provisional de suspensión de un acto concreto que presuntamente amenaza o vulnera un derecho fundamental, pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho. Como su nombre lo indica, la medida es provisional mientras se emite el fallo de tutela, lo cual significa que la medida es independiente de la decisión final.

3. El juez de tutela podrá adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. Esta es una

---

<sup>2</sup> Ibídem.

decisión discrecional que debe ser *“razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”* (Auto 207, 2012)

En el anterior caso se concedió la solicitud de medida provisional.

En otra de las providencias se motiva:

Las medidas provisionales buscan evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o, habiéndose constatado la existencia de una violación, ésta se torne más gravosa y las mismas pueden ser adoptadas durante el trámite del proceso o en la sentencia, toda vez que *“únicamente durante el trámite o al momento de dictar la sentencia, se puede apreciar la urgencia y necesidad de la medida”*

Esta Corporación ha establecido que la suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental *“tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto”*. Igualmente, ha sido considerado que *“el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”* (Sentencia T-733, 2013)

En el anterior caso se negó la solicitud de medida provisional.

En otra de las providencias se motiva:

La medida de suspensión provisional de actos concretos debe ser razonada y no arbitraria, producto de una valoración sensata y proporcional a la presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales alegados. Así entonces, el Decreto 2591 de 1991, efectivamente permite suspender provisionalmente la aplicación de actos concretos que amenacen o vulneren un derecho fundamental, pero solamente cuando sea necesario y urgente para la protección del derecho, lo cual exige, por parte del juez de tutela, un estudio razonado y conveniente de los hechos que lleven a la aplicación de la medida.

En tratándose de suspensión de obras públicas, la simple solicitud de suspensión hecha por el demandante en el escrito de tutela no constituye elemento de juicio suficiente para decretarla. No puede olvidarse que la adopción de dicha medida podría traer consecuencias nocivas para el interés general considerado por la Carta Política como principio fundante del Estado social de derecho, amén de que la construcción de obras es un servicio público, inherente a la finalidad social del Estado, debiendo éste último asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. La suspensión de obras públicas genera mayores costos a la administración y pérdida de tiempo, factores que ocasionan perjuicios e incomodidades para la comunidad que espera de la administración una labor eficiente y efectiva en la realización de obras de beneficio común. Por ello, el juez, antes de ordenar la suspensión provisional de actos concretos, debe evaluar cuidadosamente el cuadro general de los hechos manifestados por el afectado y, de ser necesario llenarse de elementos de juicio para tener la convicción plena de la necesidad y urgencia de acudir a la suspensión. Con mayor razón si por circunstancias de tiempo, modo y lugar, se le facilita al funcionario

judicial obtener una mayor información de las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela. (Sentencia T-371, 1997)

En el anterior caso se negó la solicitud de medida provisional.

En otra de las providencias se motiva:

2. Al resolver las solicitudes de medidas provisionales formuladas con anterioridad al caso presente, la Corte Constitucional ha precisado que procede adoptarlas en estas hipótesis: (i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa

3. En principio, las medidas provisionales se dirigen a la protección del derecho del accionante, mediante la suspensión del acto específico de autoridad pública, administrativa o judicial - o particular, en determinados casos -, que amenace o vulnere su derecho (inciso 1º del artículo transcrito). Sin embargo, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, se encuentra habilitado el juez para dictar *“cualquier medida de conservación o seguridad”* dirigida, tanto a la protección del derecho como a *“evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados...”* (inciso final del artículo transcrito). También las medidas proceden, de oficio, en todo caso, *“... para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”*, estando el juez facultado para *“ordenar lo que considere procedente”* con arreglo a este fin (inciso 2º del artículo transcrito).

4. La medida solicitada se subsume en el supuesto previsto del inciso 4º del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, al dirigirse a precaver posibles *“daños”* relacionados con los hechos que originaron la tutela, como lo podría ser el patrimonio de una de las partes del proceso de tutela en cuestión. Igualmente, puede aludirse al inciso 2º del artículo citado para invocar la medida provisional, a fin de evitar que un eventual fallo a favor del solicitante de la cautela devenga en ilusorio. Y la Corte considera que se encuentran fundados los argumentos expuestos por el peticionario y el coadyuvante, pues la situación jurídica de liquidación que afecta a algunas de las sociedades que integran la parte demandada, hace procedente la adopción de medidas provisionales de protección.

En el anterior caso se concedió la solicitud de medida provisional.

De tal forma que el poder cautelar no tiene un límite preciso, todo será dado en la medida en que el caso cumpla con los requisitos definidos en la norma y en la jurisprudencia reseñada, la cual seguramente no es toda la que debe estudiarse en la materia, pero la cual permite caracterizar en cierta medida nuestra institución. (Yáñez Meza, 2012)

Así, a partir de las sentencias referidas, es posible estructurar las reglas que deben cumplirse al momento de decretar toda medida provisional:

Debe resultar necesaria para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración.

EL juez debe constatar la ocurrencia de una violación al derecho fundamental, es imperioso precaver su agravación.

El juez debe considerarla pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente.

La medida provisional debe ser *“razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada*

La medida provisional debe ser razonada y no arbitraria, producto de una valoración sensata y proporcional a la presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales alegados.

Se profiere solo cuando sea necesario y urgente para la protección del derecho, lo cual exige, por parte del juez de tutela, un estudio razonado y conveniente de los hechos que lleven a la aplicación de la medida

El juez debe evaluar cuidadosamente el cuadro general de los hechos manifestados por el afectado y, de ser necesario llenarse de elementos de juicio para tener la convicción plena de la necesidad y urgencia de acudir a la suspensión

En el mismo sentido, es claro el propósito de toda orden de medida provisional:

La medida provisional pretende evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados.

La medida provisional pretende proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante

La medida provisional pretende tiene como objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto

Con todo esto, se construye toda una forma de razonamiento judicial, en un ámbito muy específico de decisión, siempre partiendo del parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico en Colombia, la Constitución.(Yáñez Meza, 2012)

Colombia como Estado Social de Derecho, democrático y pluralista reconocido por la misma Carta política, es un país llamado a defender las garantías constitucionales de interés general para todos los ciudadanos, en especial la protección de los derechos fundamentales. Si se parte del hecho de que la realidad social, jurídica y política del país, está en crisis, que se refleja con trabas en la administración de justicia, la ineficiencia en la prestación de los servicios públicos, entre los que se cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concluye que falta el control del Estado para frenar el abuso de poder y la arbitrariedad de las instituciones, puesto que por generaciones, esta problemática ha sido consecuencia de la violencia endémica que azota al país, las migraciones internas de poblaciones enteras, la desprotección de niños, la desaparición de personas, el poco respeto por la dignidad de la persona humana, etc.

Un ejemplo claro de ello se encuentra en el siguiente texto:

La realidad en el ejercicio del litigio y la gestión de los negocios revela que aun acudiendo a la tutela no se alcanza la protección efectiva de la pretensión o su resistencia. Numerosos son los casos donde las administraciones públicas o particulares que ejercen función administrativa y los particulares, omiten el cumplimiento de las órdenes del juez de tutela

con razones sorprendentes, dado el desconocimiento expreso y ostensible del derecho y la indiferencia ante las tragedias humanas.

Es así el caso, como muchos otros, de KEVIN ALEJANDRO, un menor de 13 años de edad que padece de “parálisis cerebral, cuadriparesia espástica y ateoica con distonia generalizada y osteoporosis”, y quien luego de obtener sentencias de tutela favorables respecto a su derecho a la salud integral y concepto odontológico sobre la necesidad de autorización de un juego de “Brackets de autoligado”, dado que las anomalías que presenta en los arcos dentarios producidos por la parálisis cerebral, le generan problemas para alimentarse y para realizarse la higiene oral, encuentra una respuesta negativa de su EPS donde se niega el procedimiento porque según aquella se trata de un insumo “cosmético, estético, suntuario o con fines de embellecimiento” (Sentencia T-482, 2013). (Yañez Meza, 2015)

Frente a estas terribles situaciones el poder cautelar aparece como un seguro guardian, a fin de que, como en el caso, el derecho no quede en el papel. Al inicio de este trabajo se afirmó que el propósito del Estado social de derecho es el de materializar los derechos en la vida; sin embargo, evidencias prácticas de casos concretos permiten afirmar sin duda que existen realidades que contradicen este mandato, particularmente en casos donde se ve comprometido el derecho a la salud.

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías: estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido admitir su tutelabilidad; reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección; afirmando su fundamentalidad en un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (Sentencia T-760, 2008)

Es importante reiterar que la Corte Constitucional ha entendido que la acción de tutela procede como mecanismo para proteger el derecho a la salud cuando se demuestre que, por conexidad, existe una afectación inminente del derecho a la vida del actor, o de sus derechos a la integridad personal o a la dignidad humana. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha entendido que la tutela procede cuando a la persona se le niega un tratamiento necesario para calmar dolores insoportables o un implemento indispensable para superar una incapacidad grave (Sentencia T-312, 1996) (Sentencia T-312, 1996). Sin embargo, en ningún caso la acción de tutela puede proceder como mecanismo para la defensa de otros intereses o derechos no fundamentales. Así por ejemplo, la Corte ha reiterado que la tutela no puede proceder para ordenar un tratamiento meramente estético así la persona interesada alegue que de este depende algún interés legítimo como su autoestima o su estabilidad familiar. Esta particularidad se aumenta en su exigencia si de adopción de medidas provisionales se trata, dado que aunado a que el proceso de tutela posee términos tan celeros, ya que se resuelve en 10 días hábiles en primera instancia y 20 días hábiles en virtud de la impugnación, pues la orden de medida provisional puede ser proferida el mismo día en que se presenta la tutela, luego esos requisitos que se han indicado deben encontrarse plenamente acreditados, so pena de que se rechace por improcedente la pretensión cautelar.

Como se indicó, en la reglamentación de la acción de tutela, se estipula en los art. 7 y 8, la aplicación de las medidas provisionales, u otros recursos judiciales del carácter de medidas transitorias, medidas cautelares o de amparo, en los casos donde a pesar de existir otras vías judiciales para instaurar la demanda, (Jiménez, 2014) se comprueben actos donde haya violación o amenaza inminente de derechos fundamentales, a discreción del juez, se ordena la suspensión provisional de los actos de acción u omisión que amenazan los derechos que se invocan en la tutela, en tanto se inicia o continúa el trámite legal ordinario que resuelva mediante sentencia a favor o en contra de la pretensión que se tutela. Por lo tanto, las medidas provisionales y/o transitorias, operan como un recurso que refuerza, de una parte, la posibilidad de hacer efectivos los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

### 3. La orden de medida provisional en la tutela en el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cúcuta en el año 2015: reflexión constitucional

Ahora bien, se hace necesario, un minucioso análisis que conlleve a dilucidar: ¿Es efectiva o no la figura de las medidas provisionales en las acciones constitucionales de tutela decretadas por el Juzgado Noveno Civil Municipal del Distrito Judicial de Cúcuta, Norte de Santander, durante el año 2015?

La protección de las medidas provisionales que se visualizaron en el transcurso del año 2015 en el Juzgado Noveno Civil Municipal se fundamentó en una orden perentoria y de inmediato cumplimiento para el accionado o ente accionado, si es del caso. Pues es tan evidente, que la acción de tutela procede, si no se dispone de otro medio de defensa judicial, excepto, cuando se recurra a ella como un mecanismo transitorio, provisional, preventivo o cautelar, en procura de evitar un daño o perjuicio que afecte los derechos constitucionales fundamentales del accionante.

A manera de dimensionar la magnitud de la utilización de las acciones de tutela en salud, se nombra a continuación las acciones de tutelas con medidas provisionales que fueron decretadas por la Juez Noveno Civil Municipal de Cúcuta, Dra. SHIRLEY MAYERLY BARRETO MOGOLLÓN, quien en el 2015 profirió las siguientes medidas provisionales mencionadas:

En algunos de los cotidianos casos que se observan en el Juzgado Noveno Civil Municipal es el caso de tutelas en salud, por ejemplo, si a una mujer embarazada, se le niega la afiliación a una entidad prestadora de salud (EPS), en supuestos, está facultada para interponer una demanda ordinaria, pero dada la alta congestión continua de los despachos judiciales, el fallo tardaría más de un año, y la demanda de la acción perdería la efectividad requerida, por lo tanto, corresponde al juez constitucional, en ejercicio de sus facultades, solucionar si tiene razón la institución prestadora de salud en negar la afiliación por no cumplir los requisitos, o mediante la orden de una MEDIDA PROVISIONAL, por vía rápida, proteger el derecho fundamental a la vida y a la no discriminación en conexidad con la salud; es decir, aplicar los mecanismos de tutela de urgencia o transitorias a que haya lugar, tal es el caso de las medidas provisionales, orientado a prevenir los derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser atendidos de inmediato, en tanto se tramita el proceso principal, en la mayoría de las veces, de duración y trámite extenso. (Agudelo 2015)

La acción constitucional de tutela en salud junto a la medida provisional ha sido el mecanismo más utilizado por los ciudadanos de Cúcuta para proteger sus derechos fundamentales vulnerados o en riesgo inminente de amenaza por parte de las instituciones públicas y privadas que prestan servicios de salud bajo los parámetros del sistema general de seguridad social de Colombia, se espera comprobar que en el caso excepcional de que al juez de reparto, le sea dado ordenar medidas provisionales de carácter necesario y urgente por causa de las acciones u omisiones contra el accionado, las mismas sean efectivas en la protección de sus derechos fundamentales que emanan de la misma Constitución Política. (Agudelo 2015)

Por todo lo anteriormente dicho, sólo nos resta analizar si tales medidas provisionales en el contexto de la realidad, cumplen o no cumplen con el objetivo para el cual fueron reglamentadas, y cuáles son estas causas, así: demora entre el momento en que se dictó la medida y el lapso de tiempo transcurrido para su acatamiento; la falta de objetividad en la pretensión de la acción de tutela, o sea, no era necesaria, ni urgente ni vulneraba derechos fundamentales constitucionales; interpretaciones equívocas, desde la teoría en relación con la figura de las medidas provisionales, el desconocimiento de sus alcances y límites, otras causas que emerjan a partir del análisis de contenido de las providencias seleccionadas.

En este punto resulta importante el siguiente resultado de investigación:

De las (7740) acciones de tutela en salud invocadas en el municipio de Manizales durante el año 2013, sólo (2322) solicitaron medidas provisionales, lo que correspondió al 30%; así mismo, el número de acciones de tutela que no solicitaron petición de medidas provisionales fueron (5418) o sea el 70% ; de aquellas solicitadas, solo se acogieron 465, lo que correspondió al 20%, la no procedencia de la medida provisional, fue de 1.856, o sea el 80% ; del total de las medidas provisionales, fueron acatadas 326, o sea el 70%.; en relación con el no acatamiento, fueron un total de 139 casos, o sea 30%. En cuanto a las acciones totales de tutelas procedentes y denegadas se tiene que las acciones tutelando derechos fueron de 6966, lo que representa un 90%, frente a 774 acciones donde se negaron los derechos solicitados, lo que correspondió sólo al 10% del total. (Zuluaga Jaramillo, 2014)

De tal forma que la efectividad de las medidas provisionales, en cierta medida también encuentran serias vicisitudes en su aplicación, por cuanto a pesar de que se ordenen, no se cumplen por quienes están llamados a cumplir la orden; sin embargo, no debe descuidarse aquella estadística de casos donde sí se logra la protección.

Al respecto es importante destacar lo siguiente:

De otro lado, cuando por parte del juez u operadores judiciales, se evalúa la necesidad de ordenar tales medidas, se encuentra que en un alto porcentaje se deniegan por no cumplir con los requisitos a los que hacen referencia, o sea, que la necesidad de decretarlas sea de carácter urgente so pena de estar en peligro la vida y la integridad personal del demandado, en este caso, se puede inferir que la efectividad no puede predicarse de la medida provisional en sí misma, puesto que no se puede aplicar, sino del desconocimiento de los requisitos que hacen posible demandar y aplicar este recurso. Otros factores de importancia en el momento de evaluar la efectividad o no de las medidas provisionales son: el desacato judicial por parte

de los entes demandados. Las razones que podría aducir el demandado, entre otras, falta de recursos, argumentación de no ser obligación, necesidad de nueva orden judicial, impugnación de la orden, desistimiento de la acción de tutela (por parte del accionante) en la medida que la acción u omisión que violentaban sus derechos fundamentales cesaron; acciones de impugnación por parte de las EPS negando los derechos invocados como violados, etc. (Zuluaga Jaramillo, 2014)

Bajo el amparo de la nueva Carta Constitucional, a pesar de los resultados favorables con la instauración de la acción de tutela en Colombia a la par de las medidas provisionales, en lo que concierne con el derecho a la salud, aún se padecen injusticias sociales sin superar en relación con la real y efectiva protección de los derechos ciudadanos fundamentales impostergables. No obstante, se puede afirmar que la efectividad de la acción de tutela está dada por su misma reglamentación, ya que su trámite perentorio no puede exceder los diez días, además, mediante las medidas provisionales que de manera transitoria suspenden la acción o la omisión de actos judiciales que vulneren o atenten contra la vida del usuario, aparece como la oportunidad de acercar la administración de la justicia a los ciudadanos, como una posibilidad para que vuelvan a tener confianza en sus instituciones Aunque es el Estado con sus reglamentaciones, quien da paso a la medida provisional, es al mismo tiempo, el que pone cortapisas para su decreto, debiéndose avizorar la consumación de un daño irreparable, cuestión central en el análisis de las diferentes acciones constitucionales en las que no se accedieron a las medidas invocadas. (Zuluaga Jaramillo, 2014)

Al respecto y con el propósito de seguir ilustrando el alcance de las medidas provisionales, resulta importante destacar la motivación expuesta por la Corte Constitucional es un caso ocurrido en la ciudad de Cúcuta, identificándose como partes a Víctor Manuel Pérez Álvarez contra Ecopetrol S.A., siendo objeto de revisión una Sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Laboral:

3. En el escrito de petición de la medida provisional, Ecopetrol S.A. explicó en los siguientes términos la procedencia de la medida: *“El fallo proferido, al ordenar por vía de tutela el pago de una indemnización que el accionante, mediante apoderado, ha tasado en \$1.673.985.020.00, causa un grave perjuicio económico a las finanzas de la Empresa, y por tanto al patrimonio público y al de sus accionistas, resultando totalmente inequitativo. Por lo anterior y por la dificultad que implicaría el recobro de los dineros pagados como consecuencia del fallo, solicito desde ya se acceda a la medida especial, hasta tanto se resuelva sobre su revisión.”*

4. En el presente caso, es evidente que la medida provisional se ha solicitado como lo prevé el inciso cuarto del artículo 7° citado, para precaver posibles “daños” que se puedan ocasionar al patrimonio de una de las partes del proceso de tutela en referencia, que se derivan de las órdenes judiciales adoptadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta por los hechos que originaron el proceso de tutela cuyos fallos se encuentran en revisión ante la Corte Constitucional. Además, en los términos del inciso segundo de la misma disposición, se invoca la medida, con el propósito de evitar que un eventual fallo a favor de Ecopetrol S.A, como solicitante de la medida, devenga en *ilusorio*, puesto que de permitir el

cumplimiento efectivo de lo ordenado por el Tribunal, difícilmente los dineros serán recuperados. (Auto 133, 2011)

Finalmente, en una de las decisiones más importantes en materia de medidas provisionales en sede de tutela, la Corte Constitucional motivo lo siguiente:

2.5 Las medidas provisionales han sido establecidas como un medio excepcional para que el derecho fundamental pueda ser hecho efectivo en el caso de que en la decisión de tutela se advierta la necesidad del amparo ante la afectación o puesta en peligro del derecho fundamental invocado. En este sentido, las medidas provisionales constituyen una herramienta adecuada para garantizar el derecho a la *tutela judicial efectiva*, pues justamente aseguran provisionalmente el amparo solicitado y el efectivo cumplimiento de la futura resolución adoptada en el proceso. Por lo anterior, las medidas provisionales deben encaminarse a evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o a que, habiéndose constatado la existencia de una violación, ésta se torne más gravosa, mediante la irrogación de perjuicios.

En este sentido, para que proceda el decreto medidas provisionales se requiere:

a) Que, con base en los elementos de juicio existentes en el proceso, se advierta la probabilidad de que el amparo prospere porque surja una duda razonable sobre la legalidad de la actuación de la cual se deriva la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

b) Que concurra alguna de las siguientes hipótesis: (i) que sea necesario evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación. (Auto 259, 2013)

## **Conclusiones**

Las medidas provisionales no examinan en forma expresa los elementos axiológicos de toda medida cautelar, esto es, la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la proporcionalidad de la medida, con lo cual se desconocen en cada decisión contenidos constitucionales.

Las medidas provisionales en materia de salud ha contribuido a que en la gran mayoría de los casos se evite un daño, el cual se podría presentar en la muerte o la mayor agravación del estado de salud de la persona que busca al juez para que proteja efectivamente sus derechos.

1. En las órdenes de medida provisional no se examinan una a una las reglas que ha definido la Corte Constitucional para su procedencia, lo cual debe analizarse en cada caso concreto: Debe resultar necesaria para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración. 2. El juez debe constatar la ocurrencia de una violación al derecho fundamental, es imperioso precaver su agravación. 3. El juez debe considerarla pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. 4. La medida provisional debe ser *razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada*. 5. La medida provisional debe ser razonada y no arbitraria, producto de una valoración sensata y proporcional a la presunta violación o amenaza de los derechos fundamentales

alegados. 6. Se profiere solo cuando sea necesario y urgente para la protección del derecho, lo cual exige, por parte del juez de tutela, un estudio razonado y conveniente de los hechos que lleven a la aplicación de la medida. 7. El juez debe evaluar cuidadosamente el cuadro general de los hechos manifestados por el afectado y, de ser necesario llenarse de elementos de juicio para tener la convicción plena de la necesidad y urgencia de acudir a la suspensión.

En la motivación del Auto 259 del año 2013 es posible encontrar los elementos propios a toda medida cautelar en sede de las medidas provisionales, aunque se emplean otros términos. En este sentido, no se trata a la apariencia de buen derecho, ni al peligro en la demora, ni a la proporcionalidad de la medida, pero si se desarrolla que el actúe con base en los elementos de juicio existentes en el proceso, se advierta la probabilidad de que el amparo prospere porque surja una duda razonable sobre la legalidad de la actuación de la cual se deriva la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados y que sea necesario evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o, así como cuando constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Agudelo Ibáñez, Sirley Juliana.(2015) **Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India.** Revista Academia y Derecho, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Núm. 11(6) Julio - Diciembre 2015. pp. 123-154. Cúcuta, Colombia

Asamblea Nacional Constituyente. (6 de julio de 1991). Constitución Política de 1991. *Por medio de la cual en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la Constitución Política de Colombia* . Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Decreto 2591. (19 de noviembre de 1991). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política* . Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 40165 del 19 de noviembre de 1991.

Auto 258. (12 de noviembre de 2013). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P.: Alberto Rojas Ríos* . Bogotá D.C., Colombia: Expediente T- 3.849.017.

Auto 207. (18 de septiembre de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3505020 AC.

Clavijo Cáceres, Darwin. Agudelo Ibáñez, Sirley. (2014) **Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia.** . Revista Academia y Derecho, Universidad Libre seccional Cúcuta. Núm. 9 (5) Julio- Diciembre 2014. pp.183-208. Cúcuta, Colombia.

Jiménez Ramírez, Cesar. (2014) *Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional*. Revista Academia y Derecho, Universidad Libre seccional Cúcuta. Núm. 8 (4) Enero - junio 2014. pp.37-70. Cúcuta, Colombia.

Sentencia T-371. (12 de agosto de 1997). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-126.564.

Sentencia T-733. (17 de octubre de 2013). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P.: Alberto Rojas Ríos* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T 3.858.948.

Yañez Meza, D. A. (septiembre de 2015). Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños. *Revista XXXVI Congreso colombiano de Derecho Procesal* , 1117-1146.

Yañez Meza, Diego Armando. Yañez Meza, Juan Carlos (2012) *Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos*. Revista Academia y Derecho, Universidad Libre seccional Cúcuta. Núm. 5 (3) Julio-Diciembre. 2012. pp. 7-34 Cúcuta, Colombia.

Sentencia T-760. (31 de julio de 2008). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.

Sentencia T-312. (17 de julio de 1996). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-96074.

Zuluaga Jaramillo, B. E. (2014). *Efectividad de las medidas provisionales en las acciones de tutela en salud*. Obtenido de: <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/1512/EFFECTIVIDAD%20DE%20LAS%20MEDIDAS%20PROVISIONALES%20EN%20LA%20ACCION%20DE%20TUTELA%20EN%20SALUD.pdf?sequence=1>

Auto 133. (28 de junio de 2011). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Mauricio González Cuervo* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2.984.257.

Auto 259. (12 de noviembre de 2013). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P.: Alberto Rojas Ríos* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: decreto de Medida Provisional Expediente T- 3.849.017