

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Alcance y contenido

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Alcance y contenido

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Término razonable y oportuno

La jurisprudencia constitucional ha sostenido invariablemente que la ausencia de un término de caducidad o prescripción en la acción de tutela implica que el juez no puede simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo, sin embargo, de la misma forma ha dicho que la finalidad de la tutela como vía judicial de protección inmediata de derechos fundamentales obliga a la autoridad judicial a tomar en cuenta como dato relevante el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo pues un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con prontitud, que es precisamente el caso para el cual el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones respecto a las personas de la tercera edad y mal estado de salud

La Sala estima que el asunto sub examine amerita hacer una excepción al requisito de la inmediatez en vista de la persistencia de la pretendida vulneración y de la edad y estado de salud del señor. Lo que no obsta para que, de ser concedido el amparo, se tomen medidas destinadas a confirmar, según el criterio médico, la procedencia actual de la cirugía solicitada en vista del tiempo que ha transcurrido desde la prescripción de la misma.

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitarlo mediante acción de tutela

La Corte Constitucional ha precisado que para conceder por medio de tutela servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), se deben demostrar unos requisitos jurisprudenciales específicos, que tienen el propósito de asegurar, de un lado, la protección de los derechos fundamentales de las personas, y del otro, el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha considerado entonces que, en principio, se deben acreditar los siguientes requisitos: (i)

Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales de la persona; (ii) Que se trate de un medicamento, tratamiento o elemento, que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger la salud del paciente; (iii) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud. En este punto es necesario recordar la presunción de incapacidad económica que recae sobre las personas que se encuentran inscritas en el régimen subsidiado de salud, según la jurisprudencia de esta Corporación. (iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o propuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a la EPS autorice trámites para determinar procedencia de la cirugía “colocación de esfínter artificial” a paciente con incontinencia urinaria severa

Referencia: expediente T-3.261.677

Acción de tutela instaurada por Sara María Burbano Portillo, como agente oficiosa de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo, en contra de Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto, en primera instancia, en la acción de tutela interpuesta por Sara María Burbano Portillo, como agente oficiosa de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo, en contra de Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

I. ANTECEDENTES

El pasado 2 de septiembre de 2011 la ciudadana Sara María Burbano Portillo interpuso, como agente oficiosa de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo, acción de tutela contra Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño solicitando el amparo de su derecho fundamental a la salud, el cual, en su opinión, está siendo vulnerado por los demandados al no autorizarle la colocación de un esfínter artificial, procedimiento que se le prescribió para solucionar la incontinencia urinaria severa que padece como consecuencia de la prostactectomía a la que fue sometido.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- El señor Parménides Antolín Burbano Bravo, de 69 años², pertenece al régimen subsidiado de salud -SISBEN 1- y está afiliado a la empresa promotora de salud (EPS) Asmet Salud desde el 2004³.

2.- El 15 de mayo de 2009, por autorización del Instituto Departamental de Salud de Nariño, el señor Burbano Bravo acudió a consulta con el cirujano urólogo Antonio Joaquín García Sierra debido a la incontinencia que padece hace 10 años a causa de la prostatectomía que le practicaron. El médico referido le diagnosticó “incontinencia urinaria por tensión” y le ordenó la práctica de una “urodinamia”⁴. Realizado el examen, el mismo especialista confirmó que el señor Burbano Bravo padece de “incompetencia esfinteriana severa” y, el 12 de diciembre de 2009, le prescribió la “colocación de esfínter artificial” como tratamiento⁵.

3.- El 6 de septiembre de 2010 el señor Burbano Bravo solicitó al Instituto Departamental de Salud de Nariño la autorización del procedimiento prescrito⁶. El 14 de septiembre de 2010 la

entidad le respondió: “nos permitimos solicitar de manera comedida, sea su entidad quien genere la autorización del servicio solicitado debido a que el Instituto Departamental de Salud NO tiene contrato vigente con la entidad que presta este servicio, permitiendo que posteriormente se realice el recobro de lo facturado con sus respectivos soportes según la normatividad vigente, además de adjuntar este oficio”⁷. Por lo anterior, el 26 de octubre de 2010, el señor Burbano Bravo radicó el anterior escrito en Asmet Salud EPS⁸, sin que a la fecha haya obtenido respuesta⁹.

4.- Señala la peticionaria que interpone la acción de tutela de la referencia “por el delicado estado de salud”¹⁰ de su padre, quien es una persona “de escasos recursos económicos” que “no puede trabajar en las labores de agricultura que tiene”¹¹.

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Sara María Burbano Portillo solicitó la protección del derecho fundamental a la salud de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo, el cual estima está siendo vulnerado por Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño al no autorizarle la colocación del esfínter artificial que se le prescribió para solucionar la incontinencia urinaria severa que padece. En consecuencia solicita “ordenar a los entes accionados autorizar la orden impartida por el médico especialista relacionada con la colocación de un esfínter artificial”¹².

Respuesta de las entidades demandadas

6.- Asmet Salud EPS contestó la acción de tutela de la referencia el nueve (9) de septiembre de 2011. Manifestó que “si [se] trata de un servicio No Pos-s, estas prestaciones son de entera responsabilidad de Instituto Departamental de Salud, con los recursos que le son girados del régimen de participaciones para este fin (...) Asmet Salud se encuentra exento de responsabilidad de la prestación de dicho procedimiento (...) por lo tanto no ha violado derecho fundamental alguno; (...) es el ente territorial (...) quien debe garantizar su suministro”¹³.

7.- El Instituto Departamental de Salud de Nariño (IDSN) contestó la acción de tutela de la referencia el nueve (9) de septiembre de 2011. Indicó que “el IDSN como consta dentro del expediente en el Oficio 0573 de 2010 dirigido a Asmet Salud asume la responsabilidad sobre la misma, solicitando sea prestada por la EPS en mención y después le sea recobrada al IDSN, ello con el fin de que se le garantice de manera inmediata el procedimiento al

paciente, por no tener actualmente el instituto contrato con una institución que realice el procedimiento solicitado (...)"¹⁴.

8.- El Ministerio de la Protección Social, vinculado por el juez de instancia mediante auto del seis (6) de septiembre de 2011¹⁵, contestó la acción de tutela el dieciséis (16) de septiembre de 2011.

Señaló que, en la medida en que la “enfermedad que padezca la persona” se encuentre contemplada en el POS del régimen subsidiado, “la EPS-S estará en la obligación de suministrarle atención (...)”. Agregó que “(...) a las EP-S, no les asiste el derecho a recobrar ante el Ministerio de la Protección Social-FOSYGA por los servicios NO POS-S, por cuanto (...) éstos deben ser cubiertos por el ente Territorial competente”. Finalmente, hace un recuento de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha determinado para suministrar un servicio médico excluido del POS y solicita que “en caso de que el accionante no cumpla con uno o varios de los requisitos expuestos, le sea negada la tutela. En caso contrario, [solicita] se niegue a la EPS la posibilidad de recobro ante el FOSYGA y se ordene que el accionante sea atendido en la red pública de salud o en las instituciones públicas o privadas con las cuales la entidad territorial tenga contrato o en su defecto se reconozca el recobro de las EPS ante los fondos de las entidades territoriales competentes”¹⁶.

Actuaciones surtidas en el trámite de instancia

9.- El diecinueve (19) de septiembre de 2011, el despacho de primera instancia se comunicó telefónicamente con la peticionaria con el fin de recabar alguna información sobre el asunto de la referencia. Ante la pregunta de si existía una fórmula médica reciente y diferente a la allegada, respondió que no. Adicionalmente, sobre la forma como vive su padre sin el esfínter artificial, manifestó que él no salía de su casa “porque ahí hay el baño para cuando lo necesita”¹⁷.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de instancia única

10.- El diecinueve (19) de septiembre de 2011 el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto decidió negar el amparo solicitado.

Fundamentó su decisión en que “la acción de tutela se instauró casi dos años después de haber sido formulado el esfínter artificial por el médico tratante (...) Ello (...) conlleva a la conclusión de que en este caso no concurre el principio de inmediatez (...) pues ese lapso de tiempo (...) no se atempera a los parámetros que la H. Corte Constitucional ha establecido de lo que puede ser considerada como un término justo, adecuado y proporcional”. Añadió que “(...) esa disfunción no puede ser de tal gravedad que afecte la vida del señor Burbano Bravo, pues de lo contrario, resulta inentendible, injustificable e inexplicable que sólo después de un año y nueve meses de habersele formulado el suministro (...) se pretenda por vía de tutela”. Argumentó que “no [se] avizora la existencia de una causa justa que pueda explicar por qué la acción de tutela no se presentó de manera oportuna”. Finalmente sostuvo que “la parte actora no demostró de manera fehaciente con los medios de prueba pertinentes la necesidad actual del implante de un esfínter artificial (...)”¹⁸.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si Asmet Salud EPS y la Secretaría Departamental de Salud de Nariño vulneraron el derecho fundamental a la salud del señor Parménides Antolín Burbano Bravo al no autorizarle la colocación del esfínter artificial que se le prescribió para solucionar la incontinencia urinaria severa que padece.

3.- En consecuencia, la Sala se referirá a (i) la agencia oficiosa en materia de tutela, (ii) el requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela y sus excepciones y (iii) los requisitos jurisprudenciales para conceder por medio de tutela servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), con especial referencia a los casos de personas con incontinencia urinaria severa, para luego (iv) resolver el caso concreto.

La agencia oficiosa en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

4.- De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, lo cual indica que la

legitimidad o interés en el ejercicio de esta acción constitucional radica, precisamente, en cabeza del titular de tales derechos.

El mencionado precepto constitucional ha sido desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que dispuso cuatro vías procesales para que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados interponga acción de tutela¹⁹:

i. Por sí mismo, pues no se requiere abogado.

i. Necesariamente a través de representante legal en el caso de personas jurídicas.

i. Por intermedio de un abogado titulado con poder expreso, si así se desea.

i. Mediante agente oficioso, es decir, por un tercero indeterminado sin necesidad de poder, “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Agrega que en este caso se debe manifestar tal situación en la solicitud de tutela, esto es, se debe poner de presente que se actúa en calidad de agente oficioso y cuales son las circunstancias que hacen que el titular de los derechos esté imposibilitado para interponer la acción.

5.- Visto lo anterior, podría pensarse que el Decreto 2591 de 1991 supedita la eficacia de la agencia oficiosa a que se manifieste expresamente que se actúa como agente oficioso y se enuncien las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado la exigencia de tales requisitos y ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas el

titular de los derechos no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.

Así, en sentencia T-275 de 2009²⁰, la Corte dijo: “(...) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro? Considera la Corte que al juez constitucional le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228”.

6.- Respecto de las razones que pueden impedir al titular de los derechos para actuar por sí mismo esta Corte ha señalado que la figura de la agencia oficiosa “es suficientemente comprehensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado” razón por la cual “no puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez, siendo claro que debe tratarse de circunstancias que lleven razonada y fundadamente al agente oficioso a obrar sin poder expreso, como debería ocurrir normalmente”²¹.

El requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela y sus excepciones. Reiteración de jurisprudencia.

7.- De conformidad con el denominado requisito de inmediatez, la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la

supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia²².

8.- Desde la sentencia SU-961 de 1999²³ esta Corte determinó, a partir de la interpretación del artículo 86 de la Constitución Política, que a pesar de que según esta norma la acción de tutela puede ser interpuesta “en todo momento”, de lo que se deriva que no posee ningún término de prescripción o caducidad, ello no significa que no deba interponerse en un plazo razonable desde el inicio de la amenaza o vulneración pues, de acuerdo con el mismo artículo constitucional, es un mecanismo para reclamar “la protección inmediata” de los derechos fundamentales.

A partir de allí la jurisprudencia constitucional ha sostenido invariablemente que la ausencia de un término de caducidad o prescripción en la acción de tutela implica que el juez no puede simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo²⁴, sin embargo, de la misma forma ha dicho que la finalidad de la tutela como vía judicial de protección inmediata de derechos fundamentales obliga a la autoridad judicial a tomar en cuenta como dato relevante el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo pues un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con prontitud, que es precisamente el caso para el cual el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado²⁵.

Recuérdese que “la acción de tutela es una acción ágil y apremiante, diseñada sobre un procedimiento urgente y célere, que permite la protección rápida de derechos fundamentales enfrentados a afectaciones reales y actuales de magnitud tal que el aparato jurisdiccional se ve obligado a hacer a un lado sus tareas ordinarias, a desplazar los procedimientos regulares que se someten a su consideración, para abordar de manera preferente el análisis del caso planteado”²⁶. Por lo anterior, la orden del juez de tutela “debe estar respaldada por la urgencia e inmediatez, en presencia de las cuales la Constitución lo autoriza a modificar una situación de hecho a través de un proceso sumario y expedito en el tiempo”²⁷, condiciones que podrían verse desestimadas si el afectado ha dejado pasar un tiempo irrazonable para reclamar sus derechos.

9.- Así mismo, según la jurisprudencia constitucional, la exigencia de inmediatez responde a

necesidades adicionales. En primer lugar, proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable²⁸, caso en el que “se rompe la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca: la protección integral y eficaz de los derechos fundamentales de las personas” ²⁹. En segundo lugar, impedir que el amparo “se convierta en factor de inseguridad [jurídica]”³⁰. En tercer lugar, evitar “el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia” en la agencia de los derechos³¹.

10.- Ahora bien, insistentemente ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto³². Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”³³.

11.- En este orden de ideas, surtido el análisis de los hechos del caso concreto, el juez constitucional puede llegar a la conclusión de que una acción de tutela que, en principio, parecería carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en realidad resulta procedente debido a las particulares circunstancias que rodean el asunto. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado algunos eventos –por supuesto no taxativos- en que esta situación se puede presentar³⁴:

(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo³⁵, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que

por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”³⁷.

En aplicación de lo explicado, diferentes Salas de Revisión de esta Corte han considerado que acciones de tutela impetradas después de un tiempo considerable contado desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental eran procedentes debido a la presencia de las hipótesis excepcionales antes descritas³⁸.

Requisitos jurisprudenciales para conceder por medio de tutela servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), con especial referencia a los casos de personas con incontinencia urinaria severa. Reiteración de jurisprudencia.

12.- La Corte Constitucional ha precisado que para conceder por medio de tutela servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), se deben demostrar unos requisitos jurisprudenciales específicos, que tienen el propósito de asegurar, de un lado, la protección de los derechos fundamentales de las personas, y del otro, el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud³⁹.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha considerado entonces que, en principio, se deben acreditar los siguientes requisitos⁴⁰:

i. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales de la persona.

i. Que se trate de un medicamento, tratamiento o elemento, que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger la salud del paciente.

i. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud. En este punto es necesario recordar la presunción de incapacidad económica que recae sobre las personas que se encuentran inscritas en el régimen subsidiado de salud, según la jurisprudencia de esta Corporación⁴¹.

i. Que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o propuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo.

13.- Sobre el primero de los requisitos en el caso de las personas que, por diversas causas, padecen de incontinencia urinaria severa, esta Corte lo ha considerado cumplido y ha otorgado servicios no incluidos en el POS bajo la consideración de que la falta de los mismos vulnera su derecho a la vida en condiciones dignas⁴².

Así, en la sentencia T-827 de 2010, frente a la negativa de la EPS a suministrar pañales desechables a la peticionaria, se expresó que “(...) no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”. Agregó que “(...) la negativa de la E.P.S. para suministrar tal elemento, tornaba indigna y sin calidad de vida la existencia de la actora (...) el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables, que permitan subsistir con dignidad y, por tanto, para su protección no se requiere estar enfrentado una situación inminente de muerte, sino que al hacerse indigna la existencia ha de emerger la protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona mayor no puede controlar sus esfínteres y necesita pañales desechables”⁴³.

Más recientemente, en la sentencia T-114 de 2011, esta misma Sala aseguró que “(...) en lo que tiene que ver con la negativa por parte de una EPS a suministrar pañales desechables a los afiliados que por diversos padecimientos no controlan sus esfínteres, esta Corporación ha dicho que tal negativa vuelve indigna la existencia humana ya que no les permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, les impide desarrollarse plenamente.

La inhabilidad para controlar los esfínteres impide al afiliado llevar una vida normal en el desempeño de sus actividades diarias, a menos que se le proporcione en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia del ser". En el mismo sentido en la sentencia T-160 de 2011 se indicó que "(...) no se precisan profundas reflexiones para comprobar la vulneración, dado que el no poder desarrollar por si mismo una actividad que, es una necesidad inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer y que hace parte de los aspectos más íntimos y privados del ser humano genera una clara afrenta a la calidad de vida de cualquier persona".

Con base en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

14.- En el presente asunto, la ciudadana Sara María Burbano Portillo considera vulnerado el derecho fundamental a la salud de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo por parte de Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño, entidades que se niegan a autorizarle la colocación de un esfínter artificial, procedimiento que se le prescribió para solucionar la incontinencia urinaria severa que padece como consecuencia de la prostactectomía a la que fue sometido. Solicitan entonces que se ordene "ordenar a los entes accionados autorizar la orden impartida por el médico especialista relacionada con la colocación de un esfínter artificial"⁴⁴.

15.- Antes de analizar el fondo del asunto de la referencia, la Sala se pronunciará sobre dos cuestiones de procedibilidad: la legitimidad activa de la peticionaria para interponer la presente acción de tutela como agente oficiosa de su padre y la supuesta falta de inmediatez de la misma.

Frente a lo primero, aunque la señora Burbano Portillo no hizo explícita la razón por la cual su padre se encontraba imposibilitado para obrar por sí mismo, las pruebas obrantes en el expediente la demuestran con suficiencia, por lo cual el supuesto de hecho que autoriza a una persona a obrar como agente oficioso de otra se encuentra cumplida: que el titular de los derechos "no esté en condiciones de promover su propia defensa" (artículo 10 decreto 2591 de 1991). En efecto, está probado que al señor Burbano Bravo le ha sido diagnosticada una "incompetencia esfinteriana severa"⁴⁵ y, según lo manifestó su hija en el trámite de instancia, no sale de su casa "porque ahí hay el baño para cuando lo necesita"⁴⁶, situación

que explica la imposibilidad de interponer la tutela por sí mismo.

Recuérdese que, como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales o síquicas el titular de los derechos no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho en el escrito de tutela, el juez tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro, tal como hace la Sala en el asunto sub lite.

16.- En relación con lo segundo -la inmediatez-, la Sala disiente de la conclusión a la cual llegó el juez de instancia. Aunque se podría considerar que el lapso que dejó pasar la accionante para impetrar la acción de tutela es irrazonable -un año y ocho meses aproximadamente-, debido a las circunstancias que rodean el asunto resultan aplicables dos de las excepciones a la exigencia de la inmediatez que, como se vio, ha admitido la jurisprudencia constitucional.

Así, en el caso del señor Burbano Bravo salta a la vista que, a pesar del paso del tiempo, la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales permanece, es decir, continúa y es actual pues al momento de la interposición de la tutela seguía padeciendo las consecuencias físicas, psicológicas y sociales de su enfermedad. En el escrito de tutela la peticionaria manifiesta que su padre “no puede trabajar en las labores de agricultura que tiene”⁴⁷ y durante el trámite de instancia informó al juez que éste no salía de su casa “porque ahí hay el baño para cuando lo necesita”⁴⁸. Como ya se expresó, la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata, lo que precisamente se configura en el presente caso.

También advierte la Sala que, en el asunto bajo examen, la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la condición de adulto mayor del señor Burbano Bravo -69 años-⁴⁹. Como se anotó con anterioridad, esta Corte ha inaplicado el requisito de la inmediatez frente a estas personas⁵⁰ bajo el argumento de que, según el artículo 46 de la Constitución Política, es deber del Estado proteger, prestar ayuda y atención a este grupo poblacional, obligación que no cesa por el paso del tiempo. A lo que se debe añadir el mal estado de salud del accionante, el cual también ha sido un criterio

relevante en la jurisprudencia de este Tribunal. Por su similitud con este caso, resulta especialmente importante traer a colación dos sentencias en las cuales la Corte aplicó los criterios reseñados -edad y estado de salud- para hacer excepciones al requisito de la inmediatez.

La primera de ellas es la sentencia T-526 de 2005 en la que se estimó procedente una acción de tutela impetrada un año después de que se dejaron de suministrar a una persona de la tercera edad (75 años) algunos elementos médicos por parte de su Empresa Promotora de Salud. Indicó la Sala de Revisión que “siendo la accionante una persona de la tercera edad, que no recibe salario y que el que recibe su cónyuge es mínimo para cubrir el valor de los elementos, que hasta donde le pudieron colaborar sus hijos lo hicieron y por cuanto es deber del estado proteger, prestar ayuda y atención a personas especiales mas concretamente a personas de la tercera edad, no puede argumentarse que por haberse presentado un año después de que le fue negado el suministro de los citados elementos, cesa la obligación del estado establecida en el artículo 46 de la Constitución Política. Razón por la cual, los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad deben primar sobre cualquiera de rango legal, máxime cuando se pone de manifiesto su situación de inferioridad”.

La segunda es la sentencia T-654 de 2006 que hizo una excepción al requisito de la inmediatez en el caso de un miembro de la Policía Nacional que había adquirido varias enfermedades físicas y mentales durante el servicio y a quien se le negaba el servicio médico. Dijo la Sala de Revisión que, a pesar de que se había instaurado la tutela diez años después de la fecha en que tuvieron lugar los hechos, “la inmediatez no puede alegarse como excusa para dejar de amparar los derechos constitucionales fundamentales cuando frente a quien se pretende hacer valer este requisito es una persona que sufre un serio deterioro en su salud física y mental y es incapaz de medir las consecuencias de su acciones u omisiones, menos aquellas relacionadas con aspectos jurídicos. De admitirse esta posibilidad, se le estaría negando a una persona colocada en circunstancias de debilidad manifiesta de manera seria y grave la posibilidad de acceder a la administración de justicia en defensa de los derechos que le han sido desconocidos, tanto más cuanto, las consecuencias de esa vulneración han permanecido en el tiempo y tienden a agudizarse cada día más”.

Como en estos dos casos, la Sala estima que el asunto sub examine amerita hacer una

excepción al requisito de la inmediatez en vista de la persistencia de la pretendida vulneración y de la edad y estado de salud del señor Burbano Bravo. Lo que no obsta para que, de ser concedido el amparo, se tomen medidas destinadas a confirmar, según el criterio médico, la procedencia actual de la cirugía solicitada en vista del tiempo que ha transcurrido desde la prescripción de la misma.

17.- Despejados los anteriores interrogantes, en lo que respecta al fondo del asunto la Sala encuentra que se cumplen todos los requisitos que ha señalado esta Corporación para otorgar, por vía de tutela, un procedimiento excluido del POS.

En primer lugar, la no autorización del esfínter artificial genera una vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del señor Burbano Bravo. Esta Corte ha señalado, en varias ocasiones⁵¹, que la falta de las medidas ordenadas para tratar o sobrellevar la incontinencia urinaria severa impide a la persona que la padece realizar de forma independiente las actividades diarias, desarrollarse digna y plenamente y llevar una vida normal en sociedad, lo que incluso puede llevarla al aislamiento, como en el caso bajo revisión en el cual la peticionaria afirma que su padre “no puede trabajar en las labores de agricultura que tiene”⁵² y ni siquiera sale de su casa “porque ahí hay el baño para cuando lo necesita”⁵³.

En tercer lugar, está probado que el paciente no puede sufragar el costo del procedimiento puesto que ninguno de los demandados desvirtuó la presunción de incapacidad económica que, según la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁴, recae sobre las personas que se encuentran inscritas en el régimen subsidiado de salud del cual hace parte el señor Burbano Bravo por haber sido clasificado en el nivel I del SISBEN⁵⁵.

Por último, como resulta acreditado por las pruebas que obran en el expediente, el procedimiento que se solicita fue ordenado por el cirujano urólogo Antonio Joaquín García Sierra quien atendió al señor Burbano Bravo por autorización del Instituto Departamental de Salud de Nariño⁵⁶, demandado en el presente caso.

18.- Resta determinar entonces quien es el obligado a prestar el servicio médico que se solicita. En este punto no existe discusión entre la EPS demandada y el Instituto Departamental de Salud de Nariño ya que ambos aceptan que es este último el encargado de hacerlo, al tratarse de un procedimiento no incluido en el POS del régimen subsidiado,

posición con la que concuerda el Ministerio de Protección Social, vinculado al presente proceso.

No obstante lo anterior, el Instituto Departamental de Salud de Nariño le solicitó al señor Burbano Bravo que pidiera la realización del procedimiento a su EPS “por no tener actualmente (...) contrato con una institución que realice el procedimiento solicitado (...)”, con la aclaración de que después le podía ser recobrado el costo del mismo⁵⁷. Frente a esta conducta, la Sala considera que, para honrar sus obligaciones, el Instituto demandado ha debido hacer el trámite frente a la EPS y no trasladarle tal carga al paciente. En varias ocasiones esta Corte ha manifestado que los asuntos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa o institución, no constituyen justa causa para impedir el acceso de los afiliados a los servicios de salud⁵⁸.

También resulta reprochable la conducta de Asmet Salud EPS, quien no ofreció respuesta alguna a la solicitud del señor Burbano Bravo. Como ha señalado esta Corporación en anteriores oportunidades, “la responsabilidad de la entidad prestadora de acompañar a sus usuarios no varía aunque determinadas acciones y procedimientos no le corresponda adelantarlos directamente, esto con sustento en que el usuario sigue siendo su afiliado y por ende su cuidado y recuperación se encuentra bajo la responsabilidad de la entidad”⁵⁹. En este sentido la Corte “ha venido insistiendo en que tanto las empresas promotoras, como las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud, están obligadas a informar, orientar, apoyar y acompañar al usuario que demanda una atención no incluida en los Planes obligatorios, en especial cuando tiene derecho a demandar del Estado la prestación. Obligaciones estas que se deben evaluar en cada caso, analizando las condiciones del afiliado y las particularidades de su padecimiento, porque es posible que algunos pacientes solamente requieran una debida información, pero otros pueden demandar no solo información sino además el acompañamiento y la coordinación de la E.P.S. o la A.R.S. durante la demanda de atención y el proceso de su recuperación”⁶⁰.

19.- Ahora bien, a pesar de que es claro que la obligación de prestar el servicio médico corresponde al Instituto Departamental de Salud de Nariño, la Sala dará la orden directamente a Asmet Salud con el objetivo de garantizar que la intervención médica no se retarde más en perjuicio de los derechos a la vida digna y a la salud de una persona de la tercera edad, en vista de que el Instituto Departamental de Salud en su momento afirmó “no

tener (...) contrato con una institución que realice el procedimiento solicitado (...)”⁶¹, lo que en la práctica puede generar dilaciones al momento de dar cumplimiento a la orden de tutela. La orden no obsta, por supuesto, para que la EPS adelante las gestiones administrativas pertinentes para recobrar lo gastado en la prestación excluida del POS-S.

Esta posibilidad ha sido aceptada por esta Corte. En la sentencia T-1069 de 2004, se expresó que “es la que más se compadece con razones elementales de humanidad, fundadas en el deber constitucional de solidaridad y en la primacía de los derechos fundamentales de las personas, cuando se trata, como se indicó, de urgencia manifiesta en las cuales el tratamiento o el medicamento requerido sean necesarios en forma inmediata para permitir la supervivencia de quien está gravemente enfermo, o para aliviar situaciones de alto sufrimiento que impiden la subsistencia en condiciones básicas de dignidad”, como se explicó sucede en el presente caso.

20.- De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala de Revisión revocará el fallo de instancia proferido por Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto, que negó el amparo, para en su lugar conceder el mismo por la violación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en la acción de tutela interpuesta por Sara María Burbano Portillo, como agente oficiosa de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo, en contra de Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

En consecuencia, se ordenará a Asmet Salud E.P.S. que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice y autorice todas las gestiones y procedimientos necesarios para que el cirujano urólogo Antonio Joaquín García Sierra, u otro de la misma especialidad, determine la procedencia actual de la “colocación de esfínter artificial” que se prescribió al señor Parménides Antolín Burbano Bravo el 12 de diciembre de 2009. De ser confirmada la misma, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, Asmet Salud E.P.S. deberá efectuar y autorizar todas las gestiones y procedimientos necesarios para que la intervención sea realizada en el menor tiempo posible según la indicación médica.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de instancia proferido por Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto, que negó el amparo, para en su lugar CONCEDER el mismo por la violación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en la acción de tutela interpuesta por Sara María Burbano Portillo, como agente oficiosa de su padre Parménides Antolín Burbano Bravo, en contra de Asmet Salud E.P.S. y el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

Segundo.- ORDENAR a Asmet Salud E.P.S. que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice y autorice todas las gestiones y procedimientos necesarios para que el cirujano urólogo Antonio Joaquín García Sierra, u otro de la misma especialidad, determine la procedencia actual de la “colocación de esfínter artificial” que se prescribió al señor Parménides Antolín Burbano Bravo el 12 de diciembre de 2009. De ser confirmada la misma, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, Asmet Salud E.P.S. deberá efectuar y autorizar todas las gestiones y procedimientos necesarios para que la intervención sea realizada en el menor tiempo que sea posible según la indicación médica.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 1, cuaderno 1.

2 Folio 9, cuaderno 1.

3 Folio 9, cuaderno 1.

4 Folio 11, cuaderno 1.

5 Folios 12 y 13, cuaderno 1.

6 Folio 13, cuaderno 1.

7 Folio 15, cuaderno 1.

8 Folio 15, cuaderno 1.

9 Folio 2, cuaderno 1.

10 Folio 2, cuaderno 1.

11 Folio 3, cuaderno 1.

13 Folio 23, cuaderno 1.

14 Folios 29 y 30, cuaderno 1.

15 Folios 17 y 18, cuaderno 1.

16 Folios 31 y ss, cuaderno 1.

17 Folio 37, cuaderno 1.

18 Folios 47 y ss, cuaderno 1.

19 Al respecto, ver las sentencias T-275 de 2009, T-301 de 2007, T- 947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006 y T- 531 de 2002, entre otras.

20 Que reitera las sentencias T-573 de 2008, T-1012 de 1999, T- 095 de 2005, T- 843 de 2005 y T-299-07, entre otras.

21 Sentencia T-573 de 2008 y T-315 de 2000.

22 En este sentido, las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010, entre muchas otras.

23 Reiterada en numerosas oportunidades por las distintas Salas de Revisión de esta Corte, entre ellas las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-594 de 2008, T-265 de 2009, T-328 de 2010 y T-1028 de 2010.

24 En este sentido las sentencias SU-961 de 1999, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-1084 de 2006, T-594 de 2008, T-265 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010, entre otras.

25 En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-884 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-1028 de 2010, entre otras.

26 Sentencia T-594 de 2008.

27 Sentencia T-158 de 2006. Reiterada por las sentencias T-691 de 2009 y T-1028 de 2010.

28 En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-594 de 2008, T-1028 de 2010, entre otras.

29 Sentencia SU-961 de 1999. En igual sentido, sentencia T-1028 de 2010.

30 Ibídem. En el mismo sentido, sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-825 de 2007, T-299 de 2009, T-691 de 2009 y T-883 de 2009, T-1028 de 2010, entre otras.

31 Sentencia T-594 de 2008. En el mismo sentido sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006,

T-692 de 2006, T-1009 de 2006, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-1028 de 2010, entre otras.

32 En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010, entre otras.

33 Sentencia T-328 de 2010. En igual sentido la sentencia T-1028 de 2010.

34 En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-468 de 2006, T-654 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-696 de 2007, T-792 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010, entre otras.

35 Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

36 Como sucedió en la sentencia T-1028 de 2010.

37 Como fue el caso de la sentencia T-1028 de 2010.

38 Ver las sentencias T-692 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007 y T-783 de 2009. Así mismo es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación respecto de la flexibilidad en la exigencia del requisito de inmediatez cuando se trata de acciones de tutela interpuestas por personas en situación de desplazamiento forzado. En este sentido ver las sentencias T-299 de 2009, T-468 de 2006 y T-563 de 2005.

39 Ver las sentencias T-1177-08, T-1182-08 y T-1103-08, entre muchas otras.

40 *Ibídem*.

41 Ver las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004, T-113 de 2002, T-1177 de 2008, T-1182-08 y T-899 de 2008, entre otras.

42 Ver, por ejemplo, las sentencias T-437 de 2010, T-664 de 2010, T-749 de 2010 y T-053 de 2011, entre otras.

43 En el mismo sentido la sentencia T-143 de 2009.

44 Folio 3, cuaderno 1.

45 Folios 12 y 13, cuaderno 1.

46 Folio 37, cuaderno 1.

47 Folio 3, cuaderno 1.

48 Folio 37, cuaderno 1.

49 El artículo 2 de la ley 1315 de 2009 define al adulto mayor como la persona que cuenta con 60 años o más.

50 Sentencias T-526 de 2005 y T-692 de 2006.

51 Ver, por ejemplo, las sentencias T-437 de 2010, T-664 de 2010, T-749 de 2010 y T-053 de 2011, entre otras.

52 Folio 3, cuaderno 1.

53 Folio 37, cuaderno 1.

54 Ver las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004 y T-113 de 2002 entre otras.

55 Folio 9, cuaderno 1.

56 Folio 11, cuaderno 1.

57 Folios 29 y 30, cuaderno 1.

58 Sentencias T-148 de 2007, T-438 de 2007 y T-1198 de 2003, entre otras.

59 Sentencia T-059 de 2007.

60 Ibídem.

61 Folios 29 y 30, cuaderno 1.