

Sentencia T-348/06

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Legitimidad e interés

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto la segunda acción se presentó de buena fe desconociendo que el proceso había sido seleccionado por la Corte Constitucional

El 25 de enero del año en curso, desconociendo que su proceso había sido seleccionado para revisión por parte de la Corte Constitucional, la accionante instauró acción de tutela basada en los mismos hechos y fundamentos jurídicos esgrimidos anteriormente en la demanda de tutela instaurada que interpuso a su favor uno de sus hijos. Teniendo en cuenta la presunción de buena fe de los particulares frente a las autoridades públicas, la necesidad de la demandante de proteger sus derechos, y su diligencia, la Corte mal puede entender que obró con propósitos de congestionar la justicia o de engañar al Estado buscando una protección negada previamente. Al contrario, obró con autorización normativa y judicial. Debe recordarse que al momento de la interposición de la segunda acción de tutela desconocía la decisión de la Corte Constitucional de revisar su caso.

DERECHO A LA SALUD-Falta de asepsia afecta la calidad de vida de una persona

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Suministro de barrera protectora y bolsas de colostomía por EPS a persona de la tercera edad y repetición contra el Fosyga

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Los médicos tratantes de la demandante coinciden en que los insumos solicitados en la acción de tutela son requeridos por la señora de manera inminente, aseveraciones que se sustentan en su conocimiento científico. Lo anterior permite inferir, con base en las reglas de la experiencia, que la demandante requiere las bolsas de colostomía y barrera protectora urgentemente para mejorar su calidad de vida, la cual se ve en detrimento en tanto ellas no sean aprobadas. Más aun, la afirmación de Salud Total E.P.S. de que los insumos requeridos se requieren para mantener la “asepsia” de la accionante permite ver que su falta de suministro afecta la calidad de vida de la peticionaria y, así, vulneran su derecho a vivir en condiciones dignas y su derecho a la salud.

Referencia: expediente T-1263711

Acción de tutela instaurada por Jorge Luis Restrepo Pimienta como agente oficioso de la señora Celina Pimienta de Restrepo contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara

Inés Vargas Hernández, Alvaro Tafur Galvis y Humberto Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, el día veintiuno (21) de noviembre de 2005, dentro de la acción de tutela presentada por el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta, en contra de Salud Total E.P.S.

### I. ANTECEDENTES.

El señor Jorge Luis Restrepo Pimienta, obrando en calidad de agente oficioso de su señora madre, la señora Celina Pimienta de Restrepo, presentó acción de tutela contra Salud Total E.P.S., solicitando que se protegiesen los derechos a la vida, a la igualdad, de petición, a la seguridad social y a la salud de su agenciada, pues considera que éstos se encuentran amenazados ante la negativa de la entidad demandada de brindarle a su progenitora el tratamiento de colostomía y barrera protectora que le fue formulado por una oncóloga clínica. Fundamenta su solicitud de amparo en los siguientes:

#### A. Hechos.

1- Celina Pimienta de Restrepo está afiliada a Salud Total E.P.S. en condición de beneficiaria.

2- A la señora le diagnosticaron cáncer de colon y de mama en septiembre de 2004.

3- El 10 de agosto de 2005, en la Clínica Médicos Limitada, la agenciada fue intervenida quirúrgicamente y se le extrajo masa del colon, dejándole colostomía por un año.

4- El 12 de septiembre de 2005 la oncóloga clínica de la Sociedad de Oncología & Hematología del Cesar Ltda., Rebeca Granadilo, formuló a la señora Pimienta de Restrepo bolsa drenable para colostomía y barrera protectora.

5- El día 14 de septiembre de 2005 Celina Pimienta de Restrepo solicitó a Salud Total E.P.S. el suministro de los insumos relacionados en el párrafo anterior. Esta petición fue negada el 21 de septiembre del mismo año. A partir de esa fecha el médico tratante manifestó en distintas oportunidades que el tratamiento posquirúrgico formulado era de urgencia extrema.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

7. El 25 de enero de 2006, sin tener conocimiento que su asunto había sido seleccionado para ser revisado por la Corte Constitucional, la señora Celina Pimienta de Restrepo interpuso directamente acción de tutela con las mismas pretensiones enunciadas en la demanda que previamente había entablado a su favor su hijo Jorge Luis Restrepo Pimienta.

## B. Pretensión.

Los señores Celina Pimienta de Restrepo y Jorge Luis Restrepo Pimienta solicitan que se ordene a Salud Total E.P.S. aprobar el tratamiento de colostomía y barrera protectora a favor de la primera, así como garantizarle todo tratamiento que llegue a requerirse para mantener estable su salud de la señora y le brinde una atención integral y oportuna en todo lo que se llegue a necesitar.

## C. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía y carné de Salud Total E.P.S. de la señora Celina Pimienta de Restrepo.
- Fotocopia de la fórmula de tratamientos emitida por la oncóloga clínica Rebeca Granadillo.
- Epicrisis de la I.P.S. Médicos limitada.
- Fotocopia de la fórmula de tratamientos emitida por el oncólogo clínico Héctor Sierra.
- Declaración de la señora Celina Pimienta de Restrepo sobre su situación económica y los costos de los tratamientos solicitados.

## D. Respuesta de Salud Total E.P.S.

En escrito de veintiséis (26) de septiembre de 2005, la entidad prestadora demandada respondió al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar que la acción de tutela debía ser rechazada por cuanto el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta no había acreditado la imposibilidad de la señora Celina Pimienta de interponer la acción por sí misma. La entidad aclaró que los tratamientos formulados “no se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud POS”, y que no existían tratamientos alternativos dentro del P.O.S.

La E.P.S. señaló que frente a su exclusión del P.O.S. y la falta de obligación de Salud Total para atender los tratamientos formulados, la señora Pimienta de Restrepo podía “acudir a la Secretaría Departamental de Salud del Cesar, para que ella asuma el costo de este [tratamiento]” (énfasis del original), mecanismo que la interesada no agotó.

De manera subsidiaria se solicitó en la respuesta que, si se decidiera tutelar los derechos de la señora Pimienta de Restrepo obligando a la entidad demandada a aprobar los tratamientos, se ordenase al Ministerio de la Protección Social – FOSYGA reembolsar o pagar a Salud Total E.P.S. “las cuentas de cobro o facturas por los servicios prestados en atención a la presente acción de tutela” dentro de los diez (10) días siguientes a su presentación.

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION.

Sentencia de primera instancia.

El 30 de septiembre de 2005 el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar tuteló los derechos a la salud y a la vida de la peticionaria, y ordenó a la E.P.S. demandada que aprobase los tratamientos solicitados, bajo la consideración que se demostró “que la fórmula prescrita al accionante ha sido recetado por galeno adscrito a dicha entidad [demandada]”. Se tuvo en cuenta, además, la inexistencia de tratamientos sustitutos, la necesidad del tratamiento y medicamento “para controlar la enfermedad que aqueja a la paciente, y el cual es necesario para la conservación de la salud”. En el punto resolutive tercero del fallo se ordenó al FOSYGA que reembolsase los gastos excluidos del P.O.S. en que incurriese la E.P.S. por motivo de la tutela, en el término de diez (10) días.

### Impugnación.

La entidad demandada impugnó la sentencia de primera instancia por considerar que el suministro de las bolsas de colostomía y barrera protectora se encuentran “por fuera de lo establecido en la Resolución 5621 de 1994”. Además, afirmó que el fallo de tutela no tiene en cuenta “la responsabilidad de los entes territoriales y obliga a SALUD TOTAL a asumir los costos por las solicitudes del accionante”. Por otra parte, se solicita que, en caso de ser confirmada la decisión atacada, se modifique su contenido refiriéndose solamente “a lo ordenado por el médico tratante”, pues se está en desacuerdo con el segundo punto resolutive de la sentencia de primera instancia, donde se ordena a Salud Total E.P.S. agotar los trámites para aprobar “todo lo que sea necesario y que se requiera para la recuperación y mantenimiento de la salud del paciente”.

### Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar revocó el fallo de primera instancia, por considerar que quien interpuso la demanda carecía de legitimación activa, toda vez que la afectada directamente no promovió la acción de tutela, y la persona que la interpuso no

acreditó “que su actuación en el proceso se haya dado en desarrollo de un poder especial que le confirieran para accionar ante la Jurisdicción Constitucional, por parte de la señora CELINA PIMIENTA DE RESTREPO”. Se descartó así mismo la ocurrencia de la figura de la agencia oficiosa, por cuanto el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta omitió afirmar en la demanda que “el titular de los derechos fundamentales conculcados o en peligro de vulneración, no est[á] en condiciones de promover su propia defensa”.

Se afirmó, por otra parte, que la decisión judicial no le cercena la posibilidad a la señora CELINA PIMIENTA DE RESTREPO, para que, en nombre propio o a través de apoderado especial [...] pueda formular acción de tutela por los hechos que motivaron este procedimiento”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

### III. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.

Debido a que en la presente acción de tutela no se había integrado debidamente el contradictorio, toda vez que el Ministerio de la Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía podía verse eventualmente afectado por la decisión en sede de Revisión, el Despacho, mediante auto de 14 de marzo de 2006, ordenó poner el expediente en su conocimiento, para que se pronunciase acerca de las pretensiones de la demanda.

El Ministerio de la Protección Social informó a la Corte Constitucional que las bolsas y barreras de Colostomía solicitados por la demandante en su demanda de tutela “se encuentran excluidas del POS, solamente se suministran al paciente durante su estancia en la Institución Hospitalaria”.

Por otra parte, señaló que son los Departamentos como entidades territoriales los encargados de garantizar “la atención del tratamiento de la población afiliada al régimen contributivo que requiera un tratamiento que no esté incluido en el POS y no tenga capacidad de pago”. Con base en las anteriores consideraciones, solicitó a la Corte Constitucional que el Ministerio no fuera obligado a pagar los insumos solicitados en la demanda de tutela.

#### IV. DECRETO DE PRUEBAS.

Con miras a una adecuada resolución del caso, mediante auto de 14 de marzo de 2006, el Despacho solicitó a la señora Celina Pimienta de Restrepo que informase a la Corte sobre el monto de sus ingresos mensuales, obligaciones económicas, y el costo de los insumos solicitados a su favor en las demandas de tutela, advirtiéndosele que su informe se entendería rendido bajo la gravedad de juramento.

#### V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Lo que se debate.

Corresponde a esta Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) determinar si una persona se encuentra legitimada para interponer acción de tutela a favor de su progenitora con el fin de solicitar el suministro de insumos de asepsia y salud que la madre requiere o si, por el contrario, carece de tal legitimación; (ii) establecer si incurre o no en temeridad quien interpone una demanda de tutela con posterioridad a la denegación de las pretensiones de una demanda anterior basada en los mismos hechos con el argumento de que el accionante en la primera acción no reúne los requisitos normativos para ser considerado su agente oficioso; (iii) resolver el problema de orden sustancial sobre si una E.P.S. tiene la obligación jurídica de aprobar los insumos bolsa drenable para colostomía y barrera protectora, excluidos del P.O.S., cuando ellos han sido formulados a una persona afiliada.

Para los anteriores efectos, la Sala de Revisión (i) analizará la figura de la agencia oficiosa; (ii) estudiará la figura de la temeridad en la interposición de demandas de tutela; (iii) abarcará el estudio de la jurisprudencia sobre la acción de tutela frente a medicamentos, tratamientos e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; y (iv) resolverá el caso concreto.

#### 1. La figura de la agencia oficiosa y la prevalencia del derecho sustancial.

La Sala de Revisión debe estudiar la norma relacionada con la legitimación activa en la acción de tutela, y la interpretación que sobre la misma ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El precepto en cuestión es el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, que en su parte pertinente dispone:

“LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

Con respecto a la agencia de derechos ajenos o agencia oficiosa, la Corte Constitucional ha establecido que debe afirmarse por parte del agente oficioso que actúa como tal, y que debe estar “probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela”<sup>1</sup>.

Con base en lo anterior, podría pensarse, prima facie, que carece de legitimación activa quien interpone acción de tutela a favor de otra persona, sin acreditar poder especial para el efecto ni manifestar que el presunto afectado en sus derechos fundamentales se encuentra imposibilitado para promover por sí mismo la acción constitucional.

Pese a lo anterior, la Sala de Revisión considera que la norma sobre legitimación activa debe ser interpretada de manera teleológica, indagando sobre sus finalidades. En este sentido, se ha entendido que las restricciones en cuanto a la legitimación activa en la acción de tutela se encuentran orientadas a la protección de la dignidad humana de la persona presuntamente

afectada de manera directa en sus derechos fundamentales<sup>2</sup>, por cuanto mal podría un tercero ir en contra de la voluntad del afectado. Lo anterior se traduce en la necesidad de que coincidan las voluntades de quien solicita la acción de tutela y de la presunta víctima<sup>3</sup>, por lo cual si se acredita el acuerdo entre el presuntamente afectado y la persona que interpone la demanda judicial, no deben denegarse las pretensiones de amparo con el argumento de que el accionante carece de legitimación activa.

En este sentido, en anteriores ocasiones la Corte Constitucional ha reconocido la coincidencia de voluntades -inferida por actos externos- para que un cónyuge represente al otro en sede de tutela<sup>4</sup>.

## 2. La temeridad en la interposición de la acción de tutela.

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 dispone que, para incurrir en actuación temeraria por la interposición de diversas demandas de tutela fundamentadas en iguales hechos y derechos, se debe obrar "sin motivo expresamente justificado". Lo anterior indica que el juez de tutela debe hacer un análisis exhaustivo de los hechos y circunstancias particulares de un demandante cuando éste interpone una acción constitucional con fundamentos idénticos a los esgrimidos en una demanda interpuesta con anterioridad. Por lo mismo, la Sala de Revisión determinará, al estudiar el caso concreto, si la señora Celina Pimienta de Restrepo incurrió en temeridad al interponer el 25 de enero de 2006 una acción de tutela basada en hechos y fundamentos jurídicos iguales a los esgrimidos en la demanda interpuesta con anterioridad por su hijo Jorge Luis Restrepo Pimienta.

## 3. La protección del derecho a la salud por medio de la acción de tutela frente a las personas de la tercera edad, y los tratamientos y medicamentos excluidos del P.O.S.

Con respecto a las personas pertenecientes a la categoría de la tercera edad la Corte Constitucional, basándose en los artículos 13 y 46 de la Carta Política, ha manifestado que “las personas que se encuentran en la mencionada categoría son acreedoras a un trato de especial protección, no sólo por parte del Estado sino de los miembros de la sociedad”<sup>5</sup>, lo que se traduce, entre otras cosas, en una “protección especializada y reforzada a sus derechos fundamentales”<sup>6</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por otra parte, con el fin de armonizar los principios de solidaridad y de la igualdad<sup>9</sup>, y para dar cumplimiento a las obligaciones estatales frente al derecho a la salud<sup>10</sup>, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha elaborado cuatro criterios que deben reunirse para que sea procedente ordenar a una E.P.S. por medio de una acción de tutela la autorización de medicamentos y tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, P.O.S. Estos requisitos son:

1. Que la exclusión del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida<sup>11</sup> o a la integridad personal.
2. Que el medicamento, tratamiento o diagnóstico excluido no pueda ser sustituido por uno existente en el POS o que, pudiendo serlo, el medicamento o tratamiento sustituto carezca de la misma efectividad para el mejoramiento de la salud<sup>12</sup> o para la protección del mínimo vital<sup>13</sup>.
3. Que el afectado o su familia cercana<sup>14</sup> no tengan la capacidad económica para sufragar el medicamento, tratamiento o diagnóstico excluido<sup>15</sup> ni pueda acceder a él por medio de otro

sistema o plan de salud<sup>16</sup>. Este requisito debe atender el principio de asequibilidad, según el cual frente al acceso a los servicios de la salud “[l]a equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”<sup>17</sup>.

4. Que el medicamento, tratamiento o diagnóstico haya sido prescrito por parte de un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentre afiliada la persona presuntamente afectada en sus derechos fundamentales<sup>18</sup>.

Si se encuentra por parte del juez de tutela que en un caso elevado ante él concurren las cuatro exigencias que se acaban de señalar, es procedente y necesario que por medio de la acción de tutela se ordene a la E.P.S. demandada la aprobación del tratamiento, diagnóstico o medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud para proteger los derechos fundamentales de la persona en cuyo favor se instaura la tutela. Lo anterior se entiende sin perjuicio del derecho que en ciertos casos tiene la E.P.S. de solicitar al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, el reembolso por los gastos en que haya tenido que incurrir y se encuentre fuera del P.O.S.<sup>19</sup>.

4. El caso concreto.

a. Legitimación activa en el caso estudiado.

Un análisis de los hechos del caso podría hacer pensar a la Sala, prima facie, que le asiste razón al juez de segunda instancia cuando argumenta que no se presenta la figura de la agencia oficiosa, y que el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta no mostró poder especial acreditando ser el representante de la directamente afectada, hechos que hacen pensar que

carecía de legitimación activa para presentar la acción de tutela, máxime si se tiene en cuenta que la señora Celina Pimienta de Restrepo presentó a nombre propio, con posterioridad, acción de tutela distinta basada en los mismos hechos.

En el caso examinado, encontramos pruebas de que las voluntades de los señores Celina Pimienta de Restrepo y Jorge Luis Restrepo Pimienta son coincidentes en todo momento. En primer lugar, la persona que interpuso la demanda es hijo de la afectada, y afirmó en la demanda de tutela que obraba en nombre de su madre. Las pruebas documentales que aportó a la demanda son indicios que muestran la aquiescencia de su madre en ser representada por él, pues la sana lógica indica que aquellas pruebas -tales como fórmulas y prescripciones médicas, documentos de la clínica donde estuvo internada, su carné de E.P.S. y cédula de ciudadanía- se encuentran en un principio en posesión de la señora Celina Pimienta, y que solo mediante un acto voluntario tendiente a ser representada por su hijo le entregaría documentos de tal importancia.

Además, las reglas de la experiencia y la sana crítica nos hacen pensar que es perfectamente lógico y concebible, dada la solidaridad entre miembros de la familia, que una madre afectada en sus derechos fundamentales solicite a su hijo abogado que la represente judicialmente, y que dadas la cercanía, intimidad, familiaridad e informalidad en el trato, es plausible que no se realice la diligencia de otorgar poder de cualquier índole, sea general o especial.

En el presente caso es notoria la coincidencia de voluntades entre los señores Celina Pimienta de Restrepo y Jorge Luis Restrepo Pimienta, pues al ver negada la protección de sus derechos fundamentales en segunda instancia con el argumento de que su hijo no estaba legitimado para acceder a la acción de tutela frente a los hechos del presente caso, y antes de conocer que la Corte Constitucional decidió revisar su caso, la señora Pimienta de Restrepo instauró una nueva acción de tutela basándose en los mismos hechos y fundamentos jurídicos<sup>20</sup>, con lo cual se demuestra su voluntad en ser representada por su

hijo. Lo anterior no implica de manera alguna que se haya iniciado una acción de tutela de manera temeraria, por las razones que expondremos un poco más adelante.

En anteriores ocasiones la Corte ha expresado que frente a los niños no se aplica el “rigorismo procesal” de los requerimientos de la agencia oficiosa, e incluso manifestó que era “obvio”, tratándose de niños, el que éstos no están en condiciones de defenderse directamente<sup>21</sup>, relacionando lo anterior con el hecho de que “la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Basados en las anteriores consideraciones, encontramos que denegar la tutela por no cumplirse de manera literal y excesivamente formal las disposiciones de la agencia oficiosa -que tienen finalidades garantistas particulares- atentaría contra los principios de informalidad y oficiosidad que informan la acción de tutela<sup>23</sup>, contra los principios de celeridad y economía procesal<sup>24</sup>, y contra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal<sup>25</sup>.

b. Ausencia de temeridad en la instauración de un segundo proceso de tutela por parte de la señora Celina Pimienta de Restrepo.

El 25 de enero del año en curso, desconociendo que su proceso había sido seleccionado para revisión por parte de la Corte Constitucional<sup>26</sup>, la señora Celina Pimienta de Restrepo instauró acción de tutela basada en los mismos hechos y fundamentos jurídicos esgrimidos anteriormente en la demanda de tutela instaurada que interpuso a su favor uno de sus hijos.

En su contestación a la demanda del segundo proceso de tutela, Salud Total E.P.S. solicitó que se desestimaran las pretensiones por cuanto ya se había iniciado con anterioridad un proceso de tutela basado en los mismos hechos y pretensiones. Incluso, afirmó que, con el proceder de la señora Pimienta de Restrepo, “posiblemente se ha incurrido en una actuación temeraria”, basando la entidad prestadora su argumento en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

La anterior afirmación no es de recibo en ningún caso, por diversos motivos. En primer lugar, el citado artículo 38 expresamente dispone que, para incurrir en actuación temeraria por la interposición de diversas demandas de tutela fundamentadas en iguales hechos y derechos, se debe obrar “sin motivo expresamente justificado”.

Encontramos que con la instauración de la demanda por parte de la señora Pimienta de Restrepo no se incurrió en temeridad puesto que, por una parte, en el mismo fallo de segunda instancia se manifestó que su negativa a conceder la tutela de ninguna manera conculcaba el derecho de Celina Pimienta de Restrepo a interponer nueva acción de tutela por los mismos hechos.

Frente a la anterior afirmación judicial, teniendo en cuenta la presunción de buena fe de los particulares frente a las autoridades públicas<sup>27</sup>, la necesidad de la demandante de proteger sus derechos, y su diligencia, la Corte mal puede entender que obró con propósitos de congestionar la justicia o de engañar al Estado buscando una protección negada previamente. Al contrario, obró con autorización normativa y judicial. Debe recordarse que al momento de la interposición de la segunda acción de tutela desconocía la decisión de la Corte Constitucional de revisar su caso.

La Sala manifiesta que no son de recibo los argumentos presentados por la E.P.S. demandada, la cual en el primer proceso de tutela manifestó que el demandante carecía de legitimación activa, consideración que llevó a la denegación de las pretensiones en segunda instancia. Posteriormente, frente a la demanda instaurada por la señora Celina Pimienta, argumentó que se pudo incurrir en temeridad, para lo cual se exige que la “misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”<sup>28</sup> (se subraya).

La afirmación de Salud Total en cuanto a la necesidad de aplicar las reglas de la temeridad implica que la E.P.S. considera que la segunda demanda fue presentada por la misma persona o por su representante, con lo cual se muestra una argumentación meramente formal y contradictoria con su afirmación inicial de que el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta no estaba legitimado para representar a su madre. Por lo tanto, la argumentación de la entidad demandada no puede llevar a la decisión de negar la prosperidad de la acción de tutela en el presente caso.

Al respecto, debe recordarse el carácter instrumental del proceso, pues él consiste en una serie de pasos y formalidades encauzados a un fin: la adecuada resolución de un caso, basada en la verdad. Por lo tanto, las reglas procesales se encuentran justificadas por su misión de garantizar el debido proceso, la igualdad de las partes y el derecho de defensa<sup>29</sup>, así como la adecuada resolución de un proceso.

Si se invierte la anterior lógica, y el medio se torna en fin, se llega a decisiones donde priman las meras formalidades, que a su vez desconocen la realidad y el derecho que tiene toda persona a un recurso eficaz que pueda proteger sus derechos fundamentales.

Acerca de este derecho, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reiterada en establecer que toda persona tiene derecho a un recurso rápido, sencillo

y eficaz idóneo para proteger sus derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución interna de los Estados<sup>30</sup>. Se ha afirmado que no basta con la mera consagración formal de los recursos de amparo<sup>31</sup>, y que para ser considerados eficaces los recursos “deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos”<sup>32</sup>, por lo cual no “pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las [...] circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”<sup>33</sup>.

Por lo anterior, encontramos que una decisión dentro de un proceso de tutela que, basada en consideraciones meramente formales o procesales que no se encaminen a garantizar el debido proceso, la igualdad de las partes y el esclarecimiento de la verdad, no resuelva el fondo del asunto planteado, esto es, la existencia o no de una amenaza o violación a los derechos fundamentales de alguien y las medidas que deben tomarse para protegerlos, es una decisión que atenta contra la eficacia de la acción de tutela y desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal<sup>34</sup> y la obligación que tiene a su cargo el Estado colombiano de garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales<sup>35</sup> de manera efectiva<sup>36</sup>.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala concluye que la señora Celina Pimienta de Restrepo no incurrió en temeridad al presentar una segunda acción de tutela basada en los mismos fundamentos que dieron origen al presente proceso.

Por último, con el propósito de evitar decisiones contradictorias frente a la segunda demanda de tutela interpuesta de manera directa por la señora Pimienta de Restrepo<sup>37</sup>, y para que exista seguridad jurídica en este caso, la Sala de Revisión decidirá de manera definitiva sobre el tratamiento solicitado por la señora Celina Pimienta de Restrepo.

c. El derecho a la salud de la señora Celina Pimienta de Restrepo.

Procede la Sala de Revisión a determinar, basándose en el acervo probatorio obrante en el presente proceso, si se cumplen o no los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en materia de derecho a la salud frente a medicamentos, insumos o tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y, así, se establecerá si es procedente ordenar a Salud Total E.P.S. la aprobación del tratamiento que le fue solicitado por parte de la señora Celina Pimienta de Restrepo.

En primer lugar, se encuentra que tanto el Ministerio de la Protección Social como Salud Total E.P.S. están de acuerdo en que los tratamientos solicitados se encuentran excluidos del P.O.S. Por lo anterior analizaremos de manera separada el cumplimiento de las exigencias jurisprudenciales sobre la materia.

Por otra parte, en el caso sub examine nos enfrentamos a una posible vulneración del derecho a la salud de una persona de la tercera edad, como se expresó anteriormente<sup>38</sup>, por lo cual el análisis legal del caso se hará teniendo en cuenta la protección reforzada del derecho a la salud de la señora Celina Pimienta de Restrepo.

1. Conexidad con otro derecho fundamental: amenaza o vulneración de la vida digna: la Corte ha de determinar, en primer lugar, si la no aprobación de la bolsa drenable para colostomía y barrera protectora a favor de la accionante afecta su derecho a la vida digna o a la integridad personal.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por una parte, Salud Total E.P.S. afirma que los insumos solicitados “se utilizan para mantener la asepsia del paciente por ser un colector de desechos corporales”, lo cual a su parecer implica que no haya urgencia en su entrega a la demandante. Por otra parte, en el escrito de demanda se afirma que la oncóloga Rebeca Granadillo Rosado prescribió la bolsa

de colostomía y barrera protectora, las cuales estimó debían ser entregadas “de manera urgente”, opinión idéntica a la sostenida por otro oncólogo, el doctor Héctor Sierra, quien posteriormente trató a la accionante.

Así, tenemos que los médicos tratantes de la demandante coinciden en que los insumos solicitados en la acción de tutela son requeridos por la señora Celina Pimienta de Restrepo de manera inminente, aseveraciones que se sustentan en su conocimiento científico. Lo anterior permite inferir, con base en las reglas de la experiencia, que la demandante requiere las bolsas de colostomía y barrera protectora urgentemente para mejorar su calidad de vida, la cual se ve en detrimento en tanto ellas no sean aprobadas.

Más aun, la afirmación de Salud Total E.P.S. de que los insumos requeridos se requieren para mantener la “asepsia” de la accionante permiten ver que su falta de suministro afecta la calidad de vida de la señora Pimienta de Restrepo y, así, vulneran su derecho a vivir en condiciones dignas y su derecho a la salud.

Lo anterior se afirma por cuanto, como lo ha expresado el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales<sup>39</sup>, el derecho a la salud no se restringe al derecho a estar sano<sup>40</sup>, pues aquél derecho abarca la garantía de gozar del más alto nivel posible de salud que sea posible<sup>41</sup>, por lo cual comprende “una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”<sup>42</sup> (subrayado y énfasis nuestros).

Los anteriores factores son meramente enunciativos, pero en ellos podemos encontrar, por una parte, que el derecho a la salud comprende la garantía de vivir en condiciones sanitarias

y de limpieza que impidan un detrimento de la salud de una persona y, por otra parte, que para gozar del más alto nivel posible de salud se tiene derecho a disponer de tratamientos, medicamentos, diagnósticos e insumos que permitan cuidar la salud, cuando en su caso concreto ellos sean factores determinantes de la salud de una persona.

La falta de acceso a los insumos solicitados por la demandante no le permiten vivir en condiciones sanitarias y de limpieza que la preserven de infecciones, por lo cual el no suministro de barrera protectora y bolsas de colostomía desconoce el derecho de la Señora Celina Pimienta de Restrepo a gozar del más alto posible nivel de salud.

En este orden de ideas, la Sala debe preguntarse si la anterior afectación del derecho a la salud afecta conexamente los derechos a la vida o a la integridad personal.

En tal sentido, al examinar casos de presunta vulneración del derecho a la vida en conexidad con el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha manifestado que el primero de los derechos enunciados “no se refiere única y exclusivamente a la simple existencia biológica, sino que implica además, la posibilidad de que el individuo lleve una vida en condiciones dignas y pueda desempeñarse normalmente en sociedad, alcanzando un estado de salud lo mas lejano posible al sufrimiento y al dolor”<sup>43</sup>.

Encontrándonos frente a un caso de solicitudes posteriores a un tratamiento de naturaleza oncológica, y en virtud de la remisión a los pronunciamientos de órganos internacionales especializados merced al artículo 93 de la Carta Política<sup>44</sup>, es pertinente tener en cuenta lo expresado en la Organización Mundial de la Salud, la cual formuló Recomendaciones para definir objetivos orientados a la obtención de resultados en los Programas Nacionales de Control del Cáncer, en los cuales de manera reiterada se recomienda a los Estados propender por mejorar la calidad de vida de quien ha padecido un cáncer<sup>45</sup>.

Es innegable que la falta de higiene y la posibilidad de contraer infecciones por la falta de asepsia afecta la calidad de vida de una persona, y de paso puede desconocer la necesidad de prevenir vulneraciones a la vida misma, la cual puede verse amenazada por infecciones graves y continuas.

Aparte de las anteriores consideraciones, debe tenerse en cuenta que en casos similares la Corte Constitucional ha afirmado que “las bolsas de colostomía y las barreras protectoras son elementos vitales para el normal desenvolvimiento en la vida diaria de una persona y que de no hacerse uso de los citados elementos se vería afectada su dignidad y autoestima, pues al no usar esos elementos le traería como consecuencia malos olores e infecciones con las materias fecales”<sup>46</sup> (se subraya).

Por todo lo anterior, esta Sala da por demostrado que la falta de suministro de los insumos requeridos por la señora Celina Pimienta de Restrepo afectan su derecho a vivir en condiciones dignas.

2. Ausencia de medicamento sustituto dentro del POS: la E.P.S. Salud Total, en su contestación a la demanda, clarifica que este requisito se verifica en el presente caso, pues afirma, con respecto a la bolsa y la barrera de colostomía, que “[n]o hay otras alternativas en el POS”<sup>47</sup>.

3. Falta de capacidad económica: ejerciendo el deber en materia probatoria que tiene el juez de tutela para determinar si un demandante cuenta con una capacidad de pago que no sea desproporcionada ni vulnere el principio de gastos soportables frente a los costos de los tratamientos, medicamentos o insumos solicitados en una acción de tutela<sup>48</sup>, la Sala de Revisión le solicitó a la señora Celina Pimienta de Restrepo que informase sobre el monto

mensual de sus ingresos y si algún miembro de su familia contribuye a su sostenimiento, entre otras cosas.

Un estudio de la información suministrada a la Corte permite concluir que es desproporcionado exigir a la demandante la asunción del costo de los insumos solicitados, por cuanto el monto que por ellos debería pagar la señora Pimienta de Restrepo excede el valor de sus ingresos mensuales.

Frente a la imposibilidad de la accionante de sufragar los insumos requeridos, en otras palabras, dada la falta de accesibilidad económica<sup>49</sup> de la demandante a los servicios de salud por ella necesitados, se verifica el cumplimiento del tercer requisito de procedibilidad de la acción de tutela en materia del derecho a la salud.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala, aplicando el principio de la carga dinámica de la prueba, según el cual la parte procesal que por sus conocimientos o situación tenga la capacidad de demostrar o informar sobre un hecho debe colaborar con la justicia suministrando tal información, encuentra que la entidad demandada no presentó objeciones sobre la relación o el vínculo entre la E.P.S. Salud Total y el médico que formuló los insumos objeto de tutela por parte de la entidad demandada, por lo cual se concluye que el último requisito de procedibilidad de la acción de tutela se cumple en el presente caso.

5. Conclusión: la Sala ha encontrado que se reúnen los requisitos jurisprudenciales establecidos para ordenar por medio de la acción de tutela la entrega de las bolsas de colostomía y barrera protectora en favor de la señora Celina Pimienta de Restrepo, por lo

cual se ordenará en la parte resolutive su aprobación y entrega a la demandante por parte de la E.P.S. Salud Total, la cual podrá repetir contra el FOSYGA por el valor que efectivamente no se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

La Sala de Revisión ordenará que los insumos solicitados en la demanda de tutela denominados bolsas de colostomía y barrera protectora deberán ser entregados a la señora Celina Pimienta de Restrepo mientras ella los siga requiriendo, y su entrega no podrá ser suspendida, por cuanto son requeridos de manera continua y prolongada.

Sin embargo, se aclara que la orden de la parte resolutive se ceñirá a los anteriores insumos y no abarca aspectos adicionales, por cuanto no se surtió un debate garantista del debido proceso ni etapa probatoria alguna con respecto a otras solicitudes en la relación contractual entre los señores Jorge Luis Restrepo Pimienta y Celina Pimienta de Restrepo y Salud Total E.P.S.

## VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta a favor de Celina Pimienta de Restrepo. En consecuencia, se CONCEDE el amparo a los derechos a la vida y a la salud de la última.

Segundo: COMUNICAR que el presente fallo resuelve de manera definitiva lo concerniente a los hechos y pretensiones de la señora Celina Pimienta de Restrepo que la llevaron a instaurar la acción de tutela.

Tercero: ORDENAR a Salud Total E.P.S. que, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda a aprobar y otorgar a la señora Celina Pimienta de Restrepo las bolsas de colostomía y barrera protectora solicitadas en el escrito de demanda, las cuales deberá seguir suministrándole mientras ella lo requiera.

Cuarto: ADVERTIR a Salud Total E.P.S. que podrá repetir contra el FOSYGA por el valor de las bolsas de colostomía y barrera protectora que efectivamente no se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), cuya aprobación y entrega a la demandante se ordena en el presente fallo.

Quinto: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-365 de 2005.

2 Sentencia T-969 de 2005.

3 Sentencia T-969 de 2005.

4 Este reconocimiento se dio, por ejemplo, en un caso donde la acción de tutela fue interpuesta por el esposo de una señora que no se encontraba incapacitada para hacerlo a favor de su cónyuge. Empero, mediante escritos dirigidos a la Corte Constitucional la señora realizó afirmaciones que permitieron a la Corte encontrar que confirmaba las pretensiones de su esposo en cuanto a la protección de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, sus voluntades coincidían. Lo anterior permitió a la Corte concluir “que el actor está legitimado para reclamar por este medio el traslado de su esposa”. Cfr. Sentencia T-969 de 2005.

5 Sentencia T-988 de 2005.

6 Ibid.

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 35.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

9 Sentencia T-666 de 2004.

10 Sobre lo anterior, se ha dicho que esta obligación los Estados deben adoptar medidas para que sus habitantes puedan disfrutar del derecho a la salud, por lo cual la “obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se presenta] en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición”. En: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 37.

11 Entendida como vida digna y no solo como posibilidad de existencia biológica. Cfr.

12 Sentencia T-988 de 2005.

13 Sentencias T-697 de 2004 y 666 de 2004.

14 Sentencia T-666 de 2004.

15 Sentencias T-099 de 2006, T-365 de 2005, T-666 de 2004 y T-988 de 2005, entre otras.

16 Sentencias T-988 de 2005 y T-666 de 2004.

17 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 12.

18 Sentencias T-365 de 2005, T-099 de 2006, T-666 de 2004, T-697 de 2004 y T 988 de 2005, entre otras.

19 Sentencias T-099 de 2006, T-365 de 2005 y T-988 de 2005, entre otras.

20 En comunicación fechada el 16 de febrero de 2006, Salud Total E.P.S. le informó a la Corte Constitucional que una nueva acción de tutela promovida por la señora Celina Pimienta de Restrepo había sido instaurada en el Juzgado Segundo Civil de Valledupar por los mismos hechos. A la comunicación se adjuntó copia de esta demanda y de su contestación por parte de Salud Total, en donde se solicita que se niegue la nueva acción judicial interpuesta por cuanto se fundamenta en los mismos hechos y normas de la acción de tutela interpuesta originariamente por el señor Jorge Luis Restrepo Pimienta. Téngase en cuenta que en la sentencia de segunda instancia donde se denegó la acción de tutela, el Juzgado Primero Civil del Circuito aclaró que su negativa a conceder la tutela de ninguna manera conculcaba el derecho de la señora Celina Pimienta de Restrepo a interponer nueva acción de tutela por los mismos hechos.

21 Sentencia T-365 de 2005.

22 La señora Pimienta de Restrepo tiene 60 años, edad corroborada por la prueba documental obrante en el presente proceso. Esta edad se encuentra considerada como edad de vejez de manera implícita por el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, Observación General número 6. Párrafo 1.

23 Auto 097 de 2005.

24 Auto 073A de 2005.

25 Artículo 228 de la Constitución Política.

26 Por cuanto tal decisión fue notificada por medio del estado número 03 del día 1 de febrero, según consta en comunicación de la Secretaría General de la Corte Constitucional

27 Artículo 83 de la Constitución Política.

28 Artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.

29 Incluso, frente a la ausencia de reglas procesales en la acción de tutela, el juez debe “proteger el derecho al debido proceso de partes y terceros cuando se evidencie una posible vulneración”. En: Auto 097 de 2005.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párrafo 89.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68. Párrafo 102.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Párrafo 191.

33 Ibid.

34 Previsto en el artículo 228 de la Constitución Política.

35 Artículo 2 de la Carta Política, y artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

36 Según el principio del *effet utile*, que exige que la interpretación y aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos garantice la protección eficaz de los derechos humanos y el cumplimiento de sus efectos propios en el derecho interno de los Estados. En este sentido, entre otros, cfr. Corte I.D.H., Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15. Párr. 29; Corte I.D.H., Caso del

Tribunal Constitucional. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55. párr. 36; Corte I.D.H., Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31. Voto disidente del Juez A. A. Cançado Trindade párr. 8.

37 La cual fue fallada de manera favorable a las pretensiones de la demandante en primera instancia, y se encuentra pendiente de decisión de segunda instancia según informó a la Corte Constitucional el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar en oficio # 642 de 27 de marzo de 2006.

38 Supra, nota al pie 22.

39 Cuya interpretación del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales debe ser tomada en cuenta al determinar el contenido de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales, por ser un órgano internacional que tiene la competencia de aplicar las normas convencionales de derechos humanos. Al respecto, cfr. Sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001.

40 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 8.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

42 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 4.

43 Sentencia T-988 de 2005.

44 Sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001.

45 Documento WHA 58.22 de la 58ª Asamblea Mundial de la Salud de 25 de mayo de 2005, A/58/VR/9.

46 Sentencia T-526 de 2005.

47 Afirmación que consta en el folio 15 del segundo cuaderno del Expediente T-1263711, el cual se decide en el presente fallo.

48 Al respecto ver, entre otras, la Sentencia T-666 de 2004.

49 Concepto tratado en la sentencia T-666 de 2004.