

Sentencia T-526/05

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de bolsas de colostomía

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Debe indagarse si demora obedeció a justa causa

No basta con que haya transcurrido un tiempo considerable desde la amenaza o violación del derecho fundamental para descartar la procedencia del amparo constitucional, pues se hace necesario indagar si la demora en su ejercicio obedeció a una justa causa, evento en el cual tendría que aceptarse la acción de tutela. En el caso bajo revisión observa la Sala que la accionante efectuó manifestación relacionada con que los hijos le ayudan muy poco económicamente "...para poder cubrir los gastos correspondientes a servicios, alimentación y el de estos elementos que ascienden a doscientos mil pesos únicamente 10 bolsas y 10 barreras protectoras." De lo anterior se deduce que dado el tiempo transcurrido entre la cirugía y la fecha en que se le suspendió la entrega de los elementos, la accionante en compañía de sus hijos pudo suministrarse los elementos requeridos con la ayuda igualmente de la exigua pensión que recibe el cotizante. Y ahora, una vez se le agotaron los recursos invoca el amparo constitucional.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Vulneración por no

Suministro de bolsas de colostomía

Referencia: expediente T-1047019

Acción de tutela instaurada por Alcira Chávez Rodríguez contra Seguro Social E.P.S. Seccional Bogotá-Cundinamarca.

Magistrado Ponente :

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime

Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela promovida por Alcira Chávez Rodríguez contra Seguro Social E.P.S. Seccional Bogotá-Cundinamarca.

### I. ANTECEDENTES.

#### 1. Hechos.

Manifiesta la accionante, de 75 años de edad, ser beneficiaria del ente accionado y haber sido operada de cáncer en el recto tres años atrás, motivo por el cual fue ostomizada de por vida requiriendo mensualmente y sin intervalos “10 unidades de barreras protectoras y bolsas colectoras para colostomía”. Refiere que dichos elementos estaban siendo entregados en el Centro de Atención de Kennedy hasta el mes de junio de 2003, siendo suspendida la entrega de julio a octubre de 2003 y reanudada posteriormente en Noviembre de 2003, siendo ésta la última vez que recibió la dotación. Indica que vive con el esposo quien recibe una pensión de un salario mínimo, que los hijos le colaboran muy poco para los gastos correspondientes a servicios, alimentación y el de los elementos negados por el seguro, los cuales ascienden a \$200.000.00.

Solicita se ordene a la entidad demandada el suministro en forma indefinida de los elementos antes reseñados los cuales necesita de manera urgente para tratar su enfermedad y que de no hacerlo así, se pondría en peligro su vida, salud, integridad física y se le impediría desarrollar una mediana calidad de vida.

### II. Decisiones Judiciales objeto de revisión.

#### Sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, niega la acción interpuesta por cuanto transcurrió mas de un año para solicitar la protección constitucional, término contado desde el momento en que se le suspendió la entrega de los elementos. Lapso en el cual la

interesada no efectuó o no hizo uso de las acciones respectivas para obtener la entrega de los elementos, no considerando importante el no suministro de los elementos por parte del seguro. De otra parte considera que la accionante posee recursos para solventar el costo de los elementos.

### III. Intervención del accionado.

La entidad accionada por intermedio de su Gerente, en escrito dirigido al juez del conocimiento manifiesta que los elementos solicitados, son elementos medico quirúrgicos para la higiene del paciente, los cuales no se encuentran incluidos dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud y que no se encuentra demostrado que la usuaria no cuente con capacidad económica de solventar el pago de los citados elementos. Que la actuación del Seguro Social se encuentra ajustada a la ley y la normatividad de exclusiones de medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS.

### IV. Intervención del Ministerio de la Protección Social, a solicitud del Juez de Primera Instancia.

Manifiesta que "Las BOLSAS y BARRERAS DE COLOSTOMIA se encuentran excluidos del POS, solamente se suministran al paciente durante su estancia en la Institución Hospitalaria. No obstante, esta entidad resalta la discreción que deben tener las E.P.S. en virtud de sus responsabilidades como administradoras de riesgo, para evaluar la conveniencia de cubrir tales elementos en ciertos casos por la posibilidad del beneficio que representan al evitar complicaciones que requieren servicios de salud que encarecerían la atención de tales pacientes. En todo caso, dicha exclusión implica la aplicación del parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998.... El afiliado tan solo debe asumir el costo de las bolsas y galletas, para lo cual puede realizar acuerdos para diferir el pago. En caso de probarse que no tiene capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, debe ser atendida por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud por aquellas privadas con las cuales el estado tenga contrato. "

### V. DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE.

A folio 9, copia del comprobante de pago a pensionados del Seguro social, copia de la cédula de ciudadanía de la accionante y copia del carné que acredita a la misma como beneficiaria

del seguro social.

A folios 10 a 17 copia de documentos relacionados con exámenes e intervención quirúrgica a la accionante.

A folio 17 copia de la petición efectuada al Seguro Social por la accionante relacionada con el suministro de los elementos a los que se ha hecho referencia.

A folio 19 y 20 copia de la contestación del Seguro Social, en la cual se le indica que el no suministro de las Bolsas de Colostomía obedece a que tales elementos no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

### 1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de estas demandas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Acción de Tutela y principio de inmediatez.

En el caso que se analiza observa la Sala que la accionante ejerció la acción de tutela en Noviembre de 2004, cuando había transcurrido un (1) año contado desde el último mes en que se le suministraron los elementos requeridos. Fue esta una de las razones que tuvo el juez del conocimiento para negar la acción interpuesta.

Debe entonces establecerse si esta circunstancia por sí sola justifica que se declare improcedente el amparo constitucional, tal y como lo hizo el Juzgado 33 Penal del Circuito de esta ciudad en la providencia que se revisa.

Al respecto conviene recordar que según la jurisprudencia de esta Corporación<sup>1</sup>, dada la naturaleza excepcional de la acción de tutela esta debe ser ejercida dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de tal manera que no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, ni en una herramienta que premie la desidia, la negligencia o la indiferencia de los accionantes.

También ha precisado la Corte que si al tenor del art. 86 de la Constitución, con la acción de

tutela se busca la protección “inmediata” de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, “ ... es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos”.<sup>2</sup>

Es decir, que uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es su inmediatez, pues evidentemente dicha figura “ ...ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.”<sup>3</sup>

Además, en la sentencia T 575 de 2002 la Corte también puso de presente que para determinar la procedencia de la acción de tutela en relación con la regla de la inmediatez , entre otros elementos, “... el juez constitucional debe constatar: ‘... si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes...’ <sup>4</sup>, es decir, si es predicable la existencia de una justa causa por la cual no ejercitó la acción de manera oportuna.”<sup>5</sup>

De manera pues que no basta con que haya transcurrido un tiempo considerable desde la amenaza o violación del derecho fundamental para descartar la procedencia del amparo constitucional, pues se hace necesario indagar si la demora en su ejercicio obedeció a una justa causa, evento en el cual tendría que aceptarse la acción de tutela.

En el caso bajo revisión observa la Sala que la accionante efectuó manifestación relacionada con que los hijos le ayudan muy poco económicamente “...para poder cubrir los gastos correspondientes a servicios, alimentación y el de estos elementos que ascienden a doscientos mil pesos únicamente 10 bolsas y 10 barreras protectoras.” De lo anterior se deduce que dado el tiempo transcurrido entre la cirugía y la fecha en que se le suspendió la entrega de los elementos, la accionante en compañía de sus hijos pudo suministrarse los elementos requeridos con la ayuda igualmente de la exigua pensión que recibe el cotizante. Y ahora, una vez se le agotaron los recursos invoca el amparo constitucional.

No debe perderse de vista que la vida en condiciones dignas hace alusión a que el individuo considerado en su persona misma, pueda desarrollarse como ser autónomo y libre, con la suficiente idoneidad para desempeñar cualquier función productiva dentro de la sociedad, pero el padecimiento de alguna enfermedad no conlleva necesariamente la muerte física sino que puede menoscabar sus aptitudes limitando la existencia misma del ser humano;

entonces, no debe esperar el juzgador a que la vida esté en inminente peligro para poder acceder al amparo de tutela, sino siempre procurando que la persona pueda actuar normalmente en su entorno social.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>6</sup> ha señalado que el derecho a la salud, tiene el carácter de derecho fundamental, en aquellos eventos en los cuales se encuentre en conexidad con derechos fundamentales como la vida y la integridad física.<sup>7</sup>

Igualmente, la Corte<sup>8</sup> ha manifestado que el amparo por vía de tutela, es procedente cuando el titular del mismo sea una de las personas que de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón a su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, entre otros.

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

### 3. Problema Jurídico.

El presente asunto consiste en examinar brevemente si la tutela es procedente o no frente a la negativa de las entidades que prestan el servicio público de salud, de suministrar unos artículos que si bien no significan, en sentido estricto, un medicamento, sí están relacionados con la salud y la dignidad humana.

### 4. Tratamientos y medicamentos excluidos del POS. Derecho a la vida digna.

La Corte, en numerosa jurisprudencia, ha establecido que la exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser

examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En el presente caso, el juez de instancia sólo realizó el examen formal en cuanto a la presentación de la tutela, se refirió a la circunstancia temporal, y concluyó por ese aspecto que no era posible otorgar el amparo concedido. No examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No tuvo en cuenta que la accionante es una persona de 75 años de edad aproximadamente, que por padecer de cáncer de recto fue intervenida quirúrgicamente, quedando ostomizada de por vida y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere de barreras protectoras y bolsas colectoras para colostomía, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre lo padecido y lo pedido.

Al respecto, 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.

En sentencia T-024 de 2005, esta Corporación al tratar un caso similar al aquí analizado, indicó:

“2. Problemática de las personas ostomizadas. Afectación de derechos fundamentales por el no suministro de los elementos de colostomía

En un caso similar, la Corte Constitucional<sup>9</sup> dentro del proceso de revisión de un fallo de tutela decretó como prueba la remisión por parte de distintas entidades médicas de conceptos sobre el grado de riesgo al que estaría expuesto un paciente ostomizado por la carencia de las bolsas de colostomía y los efectos sobre sus derechos.

Resulta pertinente en el trámite constitucional de la referencia traer a colación dichos dictámenes especializados:

“... Respecto del riesgo<sup>10</sup>:

“No existe en el mercado ninguna bolsa comparable a las ‘bolsas de colostomía’ que permitan una adecuada recolección de las materias fecales en un paciente con colostomía. Cualquier otro tipo de bolsa usada permitirá la salida permanente de dicha materia fecal, produciendo contaminación de la piel y derivando a irritación de la misma e infección superficial. La probabilidad de que esto ocurra es muy alta, cercana al 100% por las razones ya expuestas.”

“i) A la vida: Si una colostomía no cuenta con los recursos necesarios para su cuidado, como son las bolsas de colostomía, se producirán cambios incapacitantes en la vida de la persona. El constante derrame de heces impedirá el libre movimiento y cualquier actividad social del individuo.

ii) A la integridad personal: La situación descrita produce con muy alta frecuencia estados depresivos debido a la imposibilidad de lograr el autocuidado al adolecer de las bolsas de colostomía que aíslan las materias fecales del ambiente.

iii) Al trabajo: Una colostomía sin bolsas adecuadas produce una incapacidad laboral permanente total. El paciente tendrá salida permanente de materias fecales desde su abdomen, con contaminación de las ropas y mal olor incapacitante.

iv) A la convivencia social: Por todo lo expuesto anteriormente, es obvio que la convivencia social del individuo será imposible, debido al mal olor permanente y la contaminación de la ropa por materias fecales.”

En la misma Sentencia, en otro concepto dado por un especialista,<sup>11</sup> manifestó lo siguiente:

“... Respecto del riesgo:

“Las probabilidades de contraer una infección a partir de una colostomía si no utilizan ‘Bolsas de Colostomía’ diseñadas para tal fin, es alta, ya que no se cumplen los conceptos de: 1. Asepsia 2. Antisepsia 3. Aislamiento por hermetismo 4. Aislamiento por

impermeabilidad”.

Respecto de los efectos sobre diversos derechos:

“Para un paciente con colostomía y fístula mucosa, el no contar con bolsas de colostomía afecta severamente su vida en las esferas de:

1. Salud Física:

a. Exposición permanente o contaminación (esfera física)

2. Salud Mental:

a. Por disminución de la autoestima, “Año Contranatura”, con expedición de olor y materia fecal permanentes.

b. Depresión por las mismas razones

c. Aislamiento social por los olores y presencia física, contaminación y suciedad de elementos de vestir.

3. Esfera Social:

a. Por contravenir los más básicos primarios de higiene (mal manejo de heces)

b. Presencia de:

1. Materia fecal

a) Olor

b) gases audibles

c) ensuciamiento y contaminación permanentes.”

De lo anteriormente transcrito se puede deducir 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.

## 5. Caso concreto.

Aplicado lo anterior al caso concreto, tenemos que se trata de una persona de 75 años de edad, beneficiaria de quien devenga como pensión la suma de \$387.843.00 y quien a causa de la intervención quirúrgica por cáncer en el recto fue ostomizada de por vida, debiendo utilizar barreras protectoras y bolsas de colostomía, en cantidad de 10 mensuales.

La entidad accionada, acepta que la accionante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social, en su calidad de beneficiaria del señor Francisco Vanegas Vivas, que presenta cáncer de colon y que las bolsas y barreras de colostomía son elementos médico quirúrgicos para la higiene del paciente, los cuales no se encuentran incluidos dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud.

Como se dejó plasmado en el transcurso de esta providencia, los elementos aquí reclamados - barreras protectoras y bolsas de colostomía - se constituyen en elementos de primer orden tendientes a llevar una vida digna y proteger su salud, debido a la cirugía a que fue sometida la accionante por padecer de cáncer en el recto.

Por lo anterior, los argumentos expuestos por el Seguro Social, relacionados con que el no suministro de los elementos a los cuales se ha venido haciendo referencia, obedece a la reglamentación existente, quedan desvirtuados por la jurisprudencia transcrita y hacen que la misma sea inaplicable, motivo por el cual la tutela será concedida y se ordenará al Seguro social la entrega de los elementos requeridos por la accionante.

## VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE :

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y tres Penal del Circuito de Bogotá el 14 de Diciembre de 2004. En su lugar, CONCEDER la tutela interpuesta por la

señora Alcira Chaves Rodríguez, por violación por la entidad accionada de el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida de la accionante.

SEGUNDO. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, suministre las bolsas y barreras de Colostomía, por el tiempo que sea necesario.

TERCERO. El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá deberá asumir los costos de los elementos referidos, y podrá repetir por los gastos en que incurra contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, subcuenta de promoción de la salud.

CUARTO. INAPLICAR por inconstitucional para el caso concreto, la Resolución 5261 de 1994, artículo 63.

QUINTO. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver entre otras las sentencias T-575 de 2002 y T-900 de 2004.

2 Sentencia T-575 de 2002.

3 Sentencia C-543 de 1992.

4 Sentencia SU-961 de 1999.

5 En el mismo sentido ver Sentencia T-013 de 2005.

6 En relación con la atención de las enfermedades que ponen en peligro el derecho a la vida en su núcleo esencial se pueden consultar, además, las sentencias SU-111, T-271 y T-666 de 1997, T-236, 238 y 560 de 1998, T-4 y 23 de 2001. Y respecto del derecho fundamental a conservar la vida en condiciones de dignidad, entre otras, se pueden consultar las sentencias SU-256 de 1996, SU-480 de 1997 T- 1227 de 2000 y T-878 de 2001.

7 Sentencia T-231de 1999

8 Ver entre otras las Sentencias T- 978, 1037,T- 1266, T-1237, T-1277, T-1310 de 2001.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-636 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver en el mismo sentido, Sentencia T-367 de 2004.

10 Concepto del Dr. SAÚL JAVIER RUGELES, Director del Departamento de Cirugía del Hospital Universitario de San Ignacio, Pontificia Universidad Javeriana.

11 El doctor JAIME PASTRANA ARANGO, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad del Rosario.