El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela – Segundo grado

Accionante : Gilberto Chito Bahos

Agente oficiosa : Cruz Delia Chito Arce

Accionado : Nueva EPS SA

Radicación : 66682-31-03-001-2021-00255-01

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 376 de 17-08-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LA TIENE EL TITULAR DE LOS DERECHOS AFECTADOS / O UN TERCERO EN CALIDAD DE REPRESENTANTE O DE AGENTE OFICIOSO / REQUISITOS DEL SEGUNDO / PROBAR IMPOSIBILIDAD DEL TITULAR.**

… la autorizada doctrina de la CC, precedente vertical, expresa: “(…) la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales (…) es el primer requisito de procedibilidad (…), que exige que quien solicita el amparo constitucional se encuentre “legitimado en la causa” para presentar la solicitud de protección de sus derechos fundamentales. (…)”

Para su verificación instituyó las siguientes subreglas: “(…) (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por si misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) … un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso…”

En torno a la representación explicó: “(…) (ii) Como agente oficioso puede obrar un tercero “cuando el titular de los mismos [es decir, de los derechos] no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud” …

Claramente la jurisprudencia enseña que el agente oficioso está en la obligación de demostrar el supuesto fáctico exigido en el artículo 10 del D.2591/1991, para legitimar la representación que pretende ejercer, pues, su actividad no puede ir en contra de la voluntad del titular del derecho fundamental.

… aun cuando en la demanda dijo que intervenía en dicha calidad…, omitió demostrar que el interesado no estaba en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa, es decir, que su estado de salud le impidió actuar directamente… Fue requerida por la Sala y guardó silencio…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0250-2021**

***Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en el trámite referido, una vez surtida la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se informó que el actor tiene 86 años y padece de *“(…)* *CARCINOMA GÁSTRICO DE UNIÓN GASTROINTESTINAL PCTE IQ HACE 17 AÑOS DE CA GÁSTRICO NO CONTROLES (…) HERNIA HIATAL POR DESLIZAMIENTO TIPO I (…) DIVERTÍCULO ESOFÁGICO TERCIO PROXIMAL (…)”*; el médico tratante lo remitió a consulta por primera vez con especialista en cirugía oncológica y la EPS programó la cita para el 27-07-2021, a la 1:00 pm, pese a su prioridad (Cuaderno No.1, documento No.02).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La vida, la salud y la dignidad humana. Se solicitó ordenar a la EPS accionada: **(i)** Autorizar y programar los tratamientos e intervenciones médicas con mayor celeridad (Cuaderno No.1, documento No.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La *a quo* con auto del 23-06-2021 admitió la tutela y decretó medida provisional (Cuaderno No.1, documento No.04); el 02-07-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.07); y, el 13-07-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.10). En esta sede, con auto del 27-07-2021 se decretaron pruebas de oficio; el accionante y la agente oficiosa, guardaron silencio (Cuaderno No.2, documentos Nos.05, 06, 09 y 10).

El fallo tuteló los derechos y **(i)** Declaró el hecho superado respecto a la consulta con especialista porque se realizó durante el trámite de primera sede; y, **(ii)** Concedió el tratamiento integral porque el actor es una persona de especial protección y padece una enfermedad catastrófica (Cuaderno No.1, documento No.07).

Impugnó la EPS y cuestionó que se concediera el tratamiento integral debido a que no fue concebido para garantizar la prestación de servicios médicos futuros e inciertos. Solicita revocar la orden o, en su defecto, autorizar el recobro (Cuaderno No.1, documento No.09).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. *La competencia funcional*: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación?
	3. *Los presupuestos de procedencia*
		1. *La legitimación en la causa y para representar*. Sobre este presupuesto, la autorizada doctrina de la CC, precedente vertical, expresa[[1]](#footnote-1): “*(…)* *la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales (…) es el primer requisito de procedibilidad (…), que exige que quien solicita el amparo constitucional se encuentre “legitimado en la causa” para presentar la solicitud de protección de sus derechos fundamentales. (…) exige que el derecho cuya protección se invoca sea un derecho fundamental propio y no, en principio, de otra persona[[2]](#footnote-2) (…)”.* Esta doctrina la comparte la CSJ[[3]](#footnote-3).

Para su verificación instituyó las siguientes subreglas[[4]](#footnote-4): *“(…) (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por si misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal (…)”*. (Sublínea de la Sala).

En torno a la representación explicó[[5]](#footnote-5): *“(…) (ii)*Como agente oficioso puede obrar un tercero *“cuando el titular de los mismos*[es decir, de los derechos]*no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud”*(Dcto 2591 de 1991 art. 10) *(…)”*;y, son dos los requisitos que deben cumplirse para que un tercero pueda actuar en dicha calidad (2021)[[6]](#footnote-6): *(i) que el agente oficioso manifieste explícitamente que actúa como tal; y, (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones para instaurar la acción de tutela a nombre propio (…)”*.

El segundo requisito puede suplirse con la anuencia del titular de los derechos (2019)[[7]](#footnote-7): *“(…) Como lo ha señalado la jurisprudencia, este segundo requisito tiene una excepción, que se presenta cuando la persona sí estaba en condiciones de acudir a la administración de justicia, pero una vez radicada la acción de tutela ratifica la actuación del agente oficioso (…)”.* En idénticos términos razonó en decisión reciente (2021)[[8]](#footnote-8): *“(…) ante la voluntad expresa del agenciado de ejercer la acción constitucional que se revisa, sería desproporcionado negar la legitimidad de quien agencia sus derechos cuando en virtud de su estado de reclusión, afirmaciones y posterior ratificación, se evidencia la confirmación de la agencia oficiosa (…)”* (Sublínea a propósito).

Claramente la jurisprudencia enseña que el agente oficioso está en la obligación de demostrar el supuesto fáctico exigido en el artículo 10 del D.2591/1991, para legitimar la representación que pretende ejercer, pues, su actividad no puede ir en contra de la voluntad del titular del derecho fundamental.

1. **El caso concreto analizado**

Acorde con los fundamentos jurisprudenciales y lo probado en el asunto, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarará improcedente el amparo por incumplir el presupuesto de la legitimación para representar.

El señor Gilberto Chito Bahos está afiliado al sistema de salud y cuenta con la orden médica que se pide cumplir (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 8-16), empero, no actúa por su propia cuenta, pues el amparo fue presentado por doña Cruz Delia Chito Arce, subsigue verificar los requisitos del derecho judicial sobre la agencia oficiosa y, a juicio de la Sala, se incumplen.

En efecto, aun cuando en la demanda dijo que intervenía en dicha calidad (Primer requisito) (Cuaderno No.1, documento No.02), omitió demostrar que el interesado no estaba en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa, es decir, que su estado de salud le impidió actuar directamente (Segundo requisito). Fue requerida por la Sala y guardó silencio (Cuaderno No.2, documentos Nos.05, 06, 09 y 10). La edad avanzada no implica necesariamente imposibilidad física o mental.

En el plenario está probado que padece *“(…) CARCINOMA GÁSTRICO DE UNIÓN GASTROINTESTINAL PCTE IQ HACE 17 AÑOS DE CA GÁSTRICO NO CONTROLES (…) HERNIA HIATAL POR DESLIZAMIENTO TIPO I (…) DIVERTÍCULO ESOFÁGICO TERCIO PROXIMAL (…)”* (Cuaderno No.1, documento No.02, folio 9); sin embargo, son dolencias que, en modo alguno, le impedían al actor acudir directamente ante la judicatura para solicitar la protección de sus derechos.

Innecesario que asistiera a las instalaciones de la administración de justicia para promover el amparo, bien pudo hacerlo vía electrónica por intermedio del portal web: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/TutelaEnLinea>; pese a ello, pretirió hacerlo, sin justificación. Sus dolencias y edad no constituyen barreras para así actuar, máxime que se omitió alegar y probar situaciones de analfabetismo o de falta de acceso a redes virtuales; entonces, inviable concluir que le era imposible usar la herramienta reseñada. También podía acudir a la Defensoría del Pueblo, Personería Municipal o los consultorios jurídicos de las Universidades.

Tampoco padece de alguna enfermedad mental que, en cualquier caso, debe ser estudiada con detenimiento para establecer si no estaba en capacidad de autodeterminarse. Según la jurisprudencia (2019)[[9]](#footnote-9): *“(…) cualquier limitación a la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad debe operar con carácter restrictivo. Incluso, en lo que refiere a las barreras cognitivas o psicosociales (…)”,* el Estado debe *“(…) preservar la autonomía y voluntad de las personas en condición de discapacidad, así como por fortalecer su participación en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad (…)  no por el hecho de que una persona padezca alguna enfermedad psicosocial o que afecte sus aptitudes cognoscitivas, es válido presumir que por ello se encuentra imposibilitada para ejercer sus derechos por sí sola (…)”.*

Su condición de persona de especial protección constitucional, por ser de la tercera edad (86 años) y padecer una enfermedad catastrófica (Cáncer), amerita un trato diferencial, pero no implica concluir que sea incapaz de acudir a la judicatura por sus propios medios; y, tampoco habilita a ningún tercero a promover amparos en su nombre, sin contar con su anuencia.

Para superar este aspecto la Sala requirió al titular de los derechos para que manifestara si estaba de acuerdo con el objeto de la tutela y ratificara los hechos; *sin embargo, guardó silencio* (Cuaderno No.2, documentos Nos.05, 06, 09 y 10).

Entonces, como quiera que la voz autorizada de la Corte establece que: *“(…) no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz (…)”[[10]](#footnote-10)*, esta Magistratura revocará la sentencia impugnada y declarará improcedente el amparo, porque la señora Chito A. carece de legitimación para representar al señor Chito Bahos. Es criterio expuesto en precedente horizontal de esta Corporación (2021)[[11]](#footnote-11).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. REVOCAR la sentencia proferida el 02-07-2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal para, en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo por falta de legitimación en la causa y para representar de la señora Cruz Delia Chito Arce.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-382 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-1191 de 2004, T-928 de 2012, T-464 de 2013, T-167 de 2019 y T-072 de 2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, STC del 13-12-2011, radicado No.00284-02; reiterada en las STC5313-2015, STC5520-2015, STC2344-2016, STC4769-2018, STC1086-2019 y STC944-2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-377 de 2014, reiterada en la T-083 de 2016. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-113 de 2021, T-175 de 2021, T-167 de 2019 y T-072 de 2019, también puede consultarse la T-001 de 2021. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-061 de 2019, reiterada en la T-015 de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-184 de 2021. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-072 de 2019. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 18-06-2021, MP: Grisales H., No.2021-00079-01 y (ii) 30-07-2020, MP: Grisales H., No.2020-10044-01. [↑](#footnote-ref-11)