INSUMOS EXCLUIDOS DEL POS/ Procedencia de la entrega de pañales para persona de avanzada edad, discapacitada y sin recursos económicos suficientes/ Presunción de veracidad/ Entrega parcial del insumo no genera hecho superado

“(…) el actor es una persona de especial protección constitucional y que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por la limitación en sus funciones psicomotoras producto de las enfermedades que padece (Osteoartritis en la cadera y en la columna cervical y demencia senil) y de su avanzada edad (88 años), además de que carece de recursos económicos para comprar los insumos requeridos (Negación indefinida).”

“No obstante que sea inexistente documento alguno que acredite la radicación efectiva ante la accionada de la petición tendiente a la entrega de los pañales desechables que requiere la parte actora, se tiene que el silencio de la entidad requerida, da lugar a que se presuma como cierta la afirmación que se hace en el amparo constitucional, referente a la petición verbal y a la negativa en la entrega del insumo ordenado por la médica tratante (Artículo 20, Decreto 2591 de 1991), que no puede considerarse debidamente atendida con la entrega hecha a la agente oficiosa de 120 pañales y mucho menos que se presente una carencia actual de objeto por el hecho superado, pues la orden médica dispuso el suministro mensual de esa cantidad durante un periodo de seis (6) meses (Folio 6, este cuaderno).”

Citas: Corte Constitucional, sentencias T-160 y T-644 de 2014, T-004 y T-210 de 2015.

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante (s) : Vicente Devia

Agente oficiosa : Rubiela Tabima Marín

Presunta infractora : Dirección de Sanidad Ejército Nacional

Vinculado : Dispensario Médico No.3029 del Batallón *“San Mateo”* y otro

Radicación : 2016-00797-00 (Interno No.797)

Temas : Derecho a la salud – Pañales adultos

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 411 de 29-08-2016

Pereira, R., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El amparo constitucional en referencia, adelantada la actuación respectiva con el trámite preferente y sumario, sin que se aprecien causales de nulidad que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Se comentó que el actor cuenta en la actualidad con 88 años de edad y padece osteoartrosis en la cadera y en la columna cervical y demencia senil, debido a las cuales ha perdido la movilidad y no controla esfínteres. Se expuso que el médico tratante ordenó el suministro de 120 pañales mensuales, pero el accionado se rehusó a entregarlos (Folio 1, del cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana (Folio 1, del cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Tutelar los derechos invocados y ordenar a la accionada que entregue de manera inmediata los 120 pañales desechables para adulto ordenados por la médica tratante (Folio 1, del cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Correspondió por reparto a este Despacho el día 12-08-2016, con providencia del día hábil siguiente se admitió, se vinculó a quienes se estimó conveniente, entre otros ordenamientos (Folios 11 y 12, ídem). Fueron debidamente notificadas las partes (Folios 13 y 26, ídem). Contestaron el Dispensario Médico No.3029 y la Dirección General de Sanidad Militar (Folios 20 a 21, 23 a 24, y 34 a 36, ídem). Seguidamente, con auto del 26-08-2016 se dispuso otra vinculación (Folio tlwa)

1. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA
   1. El Dispensario Médico No. 3029 del Batallón *“San Mateo”*

Indicó que solo recibió el auto admisorio de la tutela sin el traslado, no obstante arrimó copia del comprobante de entrega a la agente oficiosa del accionante de los 120 pañales requeridos. Pidió que se le remitiera el traslado para ejercer su derecho de defensa (Folios 20 a 22, ib.).

En un segundo escrito, refirió que no ha vulnerado los derechos del accionante, pues ha expedido todas las órdenes necesarias para la atención de la enfermedad que padece, agregó que la entrega de pañales es una petición accesoria, porque la patología padecida se ha venido controlando por el Dispensario. Mencionó además que no es su obligación ordenar la entrega de pañales y los que tiene en su inventario son para uso de los pacientes que se atienden en sus instalaciones. Adicionó que no ha negado la atención médica al accionante por lo que solicitó desestimar la pretensión en su contra (Folios 34 a 36, ib).

* 1. La Dirección General de Sanidad Militar

Luego de referir la normativa que reglamenta sus funciones, expuso que es competencia de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional pronunciarse respecto de la prestación del servicio de salud, por lo que solicita su desvinculación. Asimismo, solicitó que se vinculara al Hospital Militar de Medellín, como responsable directo de brindar la atención en salud del accionante (Folios 23 y 24 este cuaderno).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
   1. 7.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer la acción en virtud del factor territorial, en razón al lugar donde ocurre la presunta violación, al tener el accionante su domicilio en este Distrito (Artículos 86 de la CP y 37 del Decreto 2591 de 1991) y conoce esta Corporación, pues la accionada, es una entidad del orden nacional (Artículo 1°-1°, Decreto 1382 del 2000).

* 1. El problema jurídico a resolver

¿El Dispensario Médico No.3029 viola o amenaza los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, según los hechos expuestos en la petición de tutela?

* 1. La resolución del problema jurídico
     1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, el señor Vicente Devia, se encuentra afiliado a la Dirección de Sanidad del Ejèrcito Nacional (Folios 3, ibídem) (Artículo 86, CP, y 10º, Decreto 2591 de 1991). Y por pasiva, el Dispensario Médico No.3029 del Batallón de Artillería No.8 *“Batalla de San Mateo”* de Pereira, pues brinda los servicios en salud demandados por el actor y fue el destinatario de la petición de entrega de pañales, conforme se expone el amparo (Folio 1, ibídem).

La señora Rubiela Tabima Marín se encuentra legitimada para representar a su agenciado, señor Luis Alfonso, dada la debilidad manifiesta por sus múltiples padecimientos, sus limitaciones de movilidad y avanzada edad; encuadra la situación en lo dispuesto por la doctrina sobre el tema, al justificar la figura en comento, cuando hay *“(…) severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual torna verosímil la imposibilidad física para ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales (…)”[[1]](#footnote-1)*.

Como las Direcciones de Sanidad del Ejército Nacional y General de Sanidad Militar, y el Hospital Militar de Medellín, no les compete autorizar y suministrar los pañales requeridos por el accionante, carecen de legitimación, por ende se declarará improcedente el amparo en su contra.

* + 1. Los presupuestos generales de procedencia

La Corte Constitucional tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[2]](#footnote-2). En este asunto se cumple con el primero de los presupuestos porque el accionante no tiene otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de los derechos invocados.

Del mismo modo, la inmediatez, no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3); porque aunque la orden medica data del 29-07-2016 (Folio 6, ib.), y la acción fue impetrada el 12-08-2016 (Folio 9, ib.). Así las cosas, como el caso supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* + 1. El derecho a la salud como fundamental

La Constitución Política en el artículo 49 estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La Corte Constitucional en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[4]](#footnote-4).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Ahora bien, debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud se garantiza a través de:*“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, dispone:“(…) *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud*”.

La doctrina constitucional[[5]](#footnote-5) tiene dicho sobre el régimen especial de las fuerzas militares: *“6.4. En conclusión, el legislador al regular el Sistema General de Salud reconoció la existencia de modelos especiales de atención, por ejemplo el Sistema de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. La Corte Constitucional ha precisado que los servicios de salud en esos sistemas excepcionales no pueden ser inferiores al modelo general de atención. Así mismo, ha advertido que las reglas de justiciabilidad del derecho a la salud se aplican a todos los sistemas de salud.”.* Sublínea de este Despacho.

* + 1. La protección especial para adultos mayores y personas de la tercera edad

El amparo del derecho a la salud del Estado, es especial cuando se trata de personas en condiciones de debilidad por factores como la edad, una discapacidad física o mental, pertenencia a comunidades indígenas o minorías étnicas, religiosas, condición de pobreza o indigencia, género, o hallarse privado de la libertad.

En este caso el actor podría calificarse como adulto mayor o de la tercera edad, pues si bien, la doctrina[[6]](#footnote-6) ha discurrido sin constancia sobre el tema (2015), en cualesquiera de las dos condiciones: *“(…) se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a*  *“afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”[[7]](#footnote-7), razón por la cual el Estado deberá garantizarles los servicios de seguridad social integral[[8]](#footnote-8)”.*

En todo caso, el criterio último adoptado, es el objetivo basado en la superación de la expectativa de vida, según certificación del DANE, al que debe añadirse, dice la Corte en el fallo citado, que:“*(…) la consagración del presente criterio objetivo, fue concebido a modo de presunción es decir que admite prueba en contrario, por tanto no constituye la única vía para concretar la protección ni que por el simple hecho de cumplir con la edad requerida pudiera obtener lo que quisiera mediante acción tutela.”.* Las versalitas son propias de esta decisión.

También este reconocimiento de personas de especial protección figura en la mencionada Ley Estatutaria del derecho a la salud, 1751 (Artículo 11).

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Se pretende con la acción constitucional que se ordene a la accionada suministrar los 120 pañales desechables que prescribió la médica tratante.

Según lo menciona la agente oficiosa el actor carece de recursos económicos suficientes para comprar los pañales requeridos, negación indefinida que se tendrá por cierta, puesto que la accionada no hizo reparó alguno en ese sentido. Criterio expuesto en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9).

También se refiere en la acción que se solicitó de forma verbal a la accionada la entrega de los pañales desechables, sin aportar documento que así lo acredite, además, el formato de aprobación de medicamentos arrimado carece de recibido (Folio 7, este cuaderno), y ante el requerimiento hecho con auto del día 16-08-2016 (Folios 11 vto., este cuaderno), la agente oficiosa atinó a traer un escrito con fecha posterior a la del amparo (17-08-2016), recibido por la señora “Ángela Solís”, sin mencionar si es empleada del Dispensario Médico accionado y el cargo que desempeña (Folio 16, este cuaderno), no obstante, itera la solicitud que verbalmente había realizado.

Asimismo, se tiene que el Dispensario Médico No.3029, pese al requerimiento que se le hiciera con el proveído referido, guardó silencio en el sentido de informar si efectivamente recibió la orden de suministro de pañales, solamente indicó que entregó 120 (Folio 22, este cuaderno) y que lo hizo en cumplimiento de la orden impartida por esta Sala en el auto admisorio (Folio 20, ibídem), advirtiendo que no es de su competencia hacerlo, pues dichos insumos están destinados para la atención de los pacientes en sus instalaciones (Folio 35, ibídem).

No obstante que sea inexistente documento alguno que acredite la radicación efectiva ante la accionada de la petición tendiente a la entrega de los pañales desechables que requiere la parte actora, se tiene que el silencio de la entidad requerida, da lugar a que se presuma como cierta la afirmación que se hace en el amparo constitucional, referente a la petición verbal y a la negativa en la entrega del insumo ordenado por la médica tratante (Artículo 20, Decreto 2591 de 1991), que no puede considerarse debidamente atendida con la entrega hecha a la agente oficiosa de 120 pañales y mucho menos que se presente una carencia actual de objeto por el hecho superado, pues la orden médica dispuso el suministro mensual de esa cantidad durante un periodo de seis (6) meses (Folio 6, este cuaderno).

Y es que no se puede pasar por alto que el actor es una persona de especial protección constitucional y que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por la limitación en sus funciones psicomotoras producto de las enfermedades que padece (Osteoartritis en la cadera y en la columna cervical y demencia senil) y de su avanzada edad (88 años), además de que carece de recursos económicos para comprar los insumos requeridos (Negación indefinida).

Atendiendo las premisas legales y jurisprudenciales anotadas, estima esta Sala que se han vulnerado los derechos, ya que la entidad accionada, por el hecho de la afiliación y por hacer parte del sistema que debe garantía del derecho a la salud (Ley 1751); es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad, sin que pueda alegarse ningún tipo de exclusión (Artículo 15). Además que para el caso, la negativa es inaceptable, dada la condición de persona de especial protección constitucional que tiene el señor Devia.

Necesario es recordar lo dicho por el Alto Tribunal Constitucional, en lo pertinente a la entrega de los pañales, pañitos húmedos, crema anti-pañalitis y en virtud a que no han sido prescritos por el médico tratante[[10]](#footnote-10):

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos[[11]](#footnote-11). Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, surge diáfana la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido.

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esaeventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de tornar menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

(…)

Luego, si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad– o de cualquier otro factor–, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de pañales desechables para acceder a una calidad de vida, si bien no ideal, por lo menos aceptable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos.

Por lo tanto, como en el *sub lite* el señor Vicente Devia necesita el suministro de esos insumos, se expedirá la respectiva orden expresa para que se suministren los pañales desechables que requiere en una cantidad de 120 para cada mes pero por el termino de cinco (5) meses, ya que la accionada entregó los insumos para el primer mes, tal cual lo dispuso la médica tratante.

9. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se tutelarán los derechos invocados; (ii) Se expedirán las órdenes para su protección; y; (iii) Se hará la desvinculación citada en el acápite de legitimación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor Vicente Devia.
2. ORDENAR, en consecuencia, al Dispensario Médico No.3029 del Batallón *“San Mateo”* que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia: (i) Suministre al actor, los pañales requeridos en la cantidad, calidad y frecuencia prescrita por la médica tratante, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
3. DECLARAR improcedente el amparo frente a las Direcciones de Sanidad del Ejército Nacional y General de Sanidad Militar, y el Hospital Militar de Medellín.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR la presente acción, de no ser impugnado este fallo, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
6. ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la Corte Constitucional.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

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

DGH / ODCD / 2016

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-160 del 17-03-2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 de 2010. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 del 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-644 de 2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-004 de 2015. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 de 2008. [↑](#footnote-ref-7)
8. Constitución Política, artículo 46. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-683 de 2003, reiterada en las sentencias [T-678 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0678de15.htm) y [T-719 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0719de15.htm), entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-210 de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008. [↑](#footnote-ref-11)