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 Secretaría de esta Sala.


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Sentencia – 1ª instancia – 19 de enero de 2017

 Proceso : Acción de Tutela – Concede el amparo solicitado

Accionante (s) : Rosa Elena Giraldo de Joaqui

Agente oficiosa : María Gladys Joaqui Giraldo

Presunto infractor : Dirección General de Sanidad Militar

Vinculada (s) : Dispensario Médico No.3029 del Batallón *“San Mateo”* y otra

Radicación : 2016-01296-00 (Interno No.1296)

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 21 de 19-01-2017

**Temas: DERECHOS A LA VIDA, LA SALUD, LA IGUALDAD Y AL MÍNIMO VITAL Y MÓVIL / SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES FORMULADOS POR EL MÉDICO TRATANTE / SERVICIOS DEBEN PRESTARSE CON EFICIENCIA, CONTINUIDAD Y CALIDAD.** “Según se menciona en la tutela, la actora y su agente oficiosa carecen de recursos económicos suficientes para comprar los pañales en la cantidad prescrita, negación indefinida suficiente que la releva de prueba, y frente a la que la entidad accionada no hizo repar alguno. Criterio expuesto en la reiterada jurisprudencia de la CC. Asimismo, se tiene que la agente oficiosa dijo que acudió con la orden médica ante el accionado y solicitó la autorización y entrega de los elementos, pero que le fueron negados (Hecho 6º del petitorio, folio 2, ídem), si bien es cierto que desatendió el requerimiento que se le hiciera con el proveído admisorio (Folios 34 y 35, ib.), también lo es que es una afirmación indefinida que traslada la carga de la prueba; por su parte, el Dispensario Médico accionado, no lo desmintió, simplemente aludió que carece del deber de suministrar los pañales desechables. Teniendo en cuenta lo anterior, y aun cuando se advierten inexistentes documentos que acrediten la radicación de la prescripción médica (Folio 11, ib.) y la denegación de la autorización, se tiene que el silencio del accionado, da lugar a que se presuman como ciertas, tanto la afirmación referente a la presentación, como la negativa a la entrega del insumo (Artículo 20, Decreto 2591 de 1991). Aunado a lo dicho, hay que decir que la actora es una persona de especial protección constitucional (86 años), en estado de debilidad manifiesta con ocasión del Alzheimer degenerativo que padece, con limitación de movilidad e incontinencia fecal y urinaria (Folio 12, ib.), además, carece de recursos económicos para comprar los insumos requeridos. Así las cosas, atendiendo las premisas legales y jurisprudenciales anotadas, estima esta Sala que se han vulnerado los derechos fundamentales invocados, 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 en la entrega de los pañales es inaceptable, dada la condición de persona de especial protección constitucional que tiene la señora Giraldo de Joaqui y que existe orden médica que así lo dispuso.”.

Pereira, R., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017).

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 la accionante cuenta en la actualidad con 86 años de edad, padece de “alzhéimer”, está postrada en cama, con incontinencia fecal y urinaria, y requiere de ayuda permanente para sus necesidades; también que no posee medios económicos y el único ingreso familiar corresponde a la pensión de sobrevivientes que recibe su agente oficiosa, con el que solo se suplen las necesidades básicas. Asimismo, expuso que el 01-12-2016 le formularon 120 pañales desechables mensuales, pero el accionado se rehusó a entregarlos (Folios 1 a 8, este cuaderno).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, y al mínimo vital y móvil (Folio 1, este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Tutelar los derechos invocados y ordenar a la accionada entregar cada mes pañales desechables adulto talla L No.360 para cuatro cambios diarios No.120 para el mes (Folios 2 y 3, del cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Correspondió por reparto a este Despacho el día 14-12-2016, con providencia del día hábil siguiente se admitió, se vinculó a quienes se estimó conveniente, y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 34 y 35, ídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folios 36 a 38, ídem). Contestó el Dispensario Médico No.3029 (Folios 39 y 40, ídem).

1. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA

El Dispensario Médico No. 3029 del Batallón *“San Mateo”* indicó que ha expedido de manera puntual las ordenes de tratamiento, procedimiento y suministros requeridos, por lo tanto, la accionante nunca se ha encontrado frente a un perjudico irremediable. Refirió que el suministro de pañales es una pretensión secundaria del tratamiento que se le ha brindado. Agregó que no maneja presupuesto, ni tiene facultades para la contratación de suministros, pues solo brinda el servicio de salud. Pidió desestimar las pretensiones en su contra y declarar la improcedencia de la tutela (Folios 39 y 40, ib).

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; también porque la accionada, es una entidad del orden nacional.

* 1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, la señora Rosa Elena Giraldo de Joaqui, se encuentra afiliada a la Dirección General de Sanidad Militar (Folio 9, ib.). 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 exigidos por la actora.

La señora María Gladys Joaqui Giraldo se encuentra legitimada para representar a su agenciada, señora Giraldo de Joaqui, dada la debilidad manifiesta por sus padecimientos, 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 se procura la defensa de los derechos de adultos mayores que están imposibilitados para acudir a las autoridades judiciales, a causa de enfermedades y dificultades de orden material que les impedían valerse por sí mismos y, por tanto, salir de sus viviendas (…)”[[1]](#footnote-1)*.

Como a las Direcciones de Sanidad del Ejército Nacional y General de Sanidad Militar, no les compete autorizar y suministrar los medicamentos, pañales, tratamientos y demás insumos requeridos por la accionante, carecen de legitimación, por lo tanto, se declarará improcedente el amparo en su contra.

* 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. Los presupuestos generales de procedencia

La CC 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 la fórmula médica data del 01-12-2016 (Folio 11, ib.), y la acción fue impetrada el 14-12-2016 (Folio 32, 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 CP 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 CC 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 CC 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. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Se pretende con la acción constitucional que se ordene a la accionada autorizar y suministrar los pañales desechables formulados por su médico tratante.

Según se menciona en la tutela, la actora y su agente oficiosa carecen de recursos económicos suficientes para comprar los pañales en la cantidad prescrita, negación indefinida suficiente que la releva de prueba, y frente a la que la entidad accionada no hizo repar alguno. Criterio expuesto en la reiterada jurisprudencia de la CC[[6]](#footnote-6).

Asimismo, se tiene que la agente oficiosa dijo que acudió con la orden médica ante el accionado y solicitó la autorización y entrega de los elementos, pero que le fueron negados (Hecho 6º del petitorio, folio 2, ídem), si bien es cierto que desatendió el requerimiento que se le hiciera con el proveído admisorio (Folios 34 y 35, ib.), también lo es que es una afirmación indefinida que traslada la carga de la prueba; por su parte, el Dispensario Médico accionado, no lo desmintió, simplemente aludió que carece del deber de suministrar los pañales desechables.

Teniendo en cuenta lo anterior, y aun cuando se advierten inexistentes documentos que acrediten la radicación de la prescripción médica (Folio 11, ib.) y la denegación de la autorización, se tiene que el silencio del accionado, da lugar a que se presuman como ciertas, tanto la afirmación referente a la presentación, como la negativa a la entrega del insumo (Artículo 20, Decreto 2591 de 1991).

Aunado a lo dicho, hay que decir que la actora es una persona de especial protección constitucional (86 años), en estado de debilidad manifiesta con ocasión del Alzheimer degenerativo que padece, con limitación de movilidad e incontinencia fecal y urinaria (Folio 12, ib.), además, carece de recursos económicos para comprar los insumos requeridos.

Así las cosas, atendiendo las premisas legales y jurisprudenciales anotadas, estima esta Sala que se han vulnerado los derechos fundamentales invocados, 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 en la entrega de los pañales es inaceptable, dada la condición de persona de especial protección constitucional que tiene la señora Giraldo de Joaqui y que existe orden médica que así lo dispuso.

9. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se tutelarán los derechos invocados con relación a la entrega de los pañales desechables; (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 vida, a la salud, a la igualdad, y al mínimo vital y móvil de la señora Rosa Elena Giraldo de Joaqui.
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, autorice y entregue a la actora los pañales desechables en la cantidad, calidad y frecuencia prescritas por su médico tratante.
3. DECLARAR improcedente el amparo frente a las Direcciones de Sanidad del Ejército Nacional y General de Sanidad Militar.
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 CC para su eventual revisión.
6. ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la CC.

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. CC. Sentencia T-414 de 2016, También puede consultarse la SU-055 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Sentencia T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. Sentencia[SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. Sentencia T-142 de 2016, consúltese también la sentencia T-760 del 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. Sentencia T-644 de 2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. 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-6)