

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA
Cartagena de Indias, dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA.
EXPEDIENTE.	No 13-001-31-10-004-2020-00371-00
ACCIONANTE	ALCIRA MENA DESCHAMPS
ACCIONADA	ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE
	FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
	MAGISTERIO

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada, a través de apoderado judicial, por la señora **ALCIRA MENA DESCHAMPS**, quien actúa como agente oficioso de su padre señor **LUIS MENA MARTÍNEZ**, en contra de la **NUEVA EPS** y el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la integridad personal, la seguridad social y el mínimo vital.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante, que es pensionada del magisterio, que su padre señor **LUIS MENA MARTÍNEZ** es beneficiario de los servicios de salud que le brinda la **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE**, que su padre es un adulto mayor, de 95 años de edad y que padece desde hace varios años de un cuadro de múltiples patologías- ALZHEIMER, hipertensión arterial crónica y debido a los medicamentos, produce orina en gran cantidad y no tiene control de las mismas, padece de incontinencia urinaria y fecal. Que su padre depende tanto económica como de todos los cuidados de ésta. Que solicitó a la **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE** para que le fuera ordenado los pañales desechables, sin que se haya dado respuesta de ello.

La solicitud de esta tutela, fue admitida por auto de fecha catorce (14.) de diciembre del 2020, notificándose a las partes, y solicitando a las entidades accionadas, rindieran un informe sobre los hechos que dieron lugar a esta acción.

SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN POR PARTE DE LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE.

En lo pertinente y relevante al caso en estudio, manifiesta que ellos son una empresa contratada para prestar los servicios médicos a los afiliados y sus beneficiarios del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG** y son éstos los que tienen el vínculo jurídico con el afiliado, por lo tanto, solicita que cualquier orden que esté por fuera de lo contratado, será ordenado al **FOMAG**. Así las cosas, solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela en relación con la **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE**. Que no existe vulneración de los derechos fundamentales del señor **MENA**, por cuanto se le ha brindado la atención requerida para el manejo de su patología, con apego a lo contratado. Que, en cuanto a la solicitud de la accionante, como entrega de pañales y silla de ruedas, como quiera que no se han ordenado, le fue programada al paciente una cita de revisión a efectos de determinar su necesidad. De igual manera manifiesta que la entrega de pañales desechables se encuentra excluida del contrato y pliego de condiciones establecidos por el FOMAG- FIDUCIARIA LA PREVISORA, razón por la cual no pueden ser entregados, y que los mismos deben ser provistos por los familiares en virtud del principio de solidaridad. Por lo anterior solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela.

Problema Jurídico

Establecer si con su actuar, las accionadas están vulnerando los derechos fundamentales del accionante.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta acción, cuando considere que estos Derechos Fundamentales se encuentran de una u otra manera violentada o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública.

La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley.

La pretensión del accionante señor **LUIS MENA MARTÍNEZ**, está dirigida a que, a través de este medio preferente y sumario, se le tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a las encartadas **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE** y **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG**, al suministro de pañales, en la cantidad mensual necesaria para su uso (90 pañales), a la asistencia médica domiciliaria y el suministro de una silla de ruedas.

Artículo 49

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. ...

Ley Estatutaria de la salud 1751 de 2015

Artículo 11.

La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Artículo 20

El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público

esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Art. 6

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Solicita la accionante, se ordene a las encartadas **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG-** la entrega de pañales desechables para uso de su señor padre y beneficiario en el sistema de salud, **LUIS MENA MARTÍNEZ**, persona de la tercera edad, de igualo manera que se le proporcione una silla de ruedas y se le brinde la atención en salud de manera domiciliaria. Manifiesta la demandante que elevó su petición a la encartada, sin recibir respuesta a la misma, sin embargo, en la contestación de esta acción, deja claro la accionada **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE**, la negativa al suministro de los pañales desechables, por cuanto éstos se encuentran excluidos del contrato y pliego de condiciones establecidos por el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG- FIDUCIARIA LA PREVISORA**.

Para efectos de la toma de decisión, es del caso atender el concepto de la Corte Constitucional plasmado en la sentencia que, en lo pertinente y relevante al asunto en estudio, se transcribe.

Sentencia T-117/19

...

1.8. En relación al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 reconocen en dicha herramienta un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente procederá cuando no exista otro medio de defensa o que existiendo tal, éste no sea idóneo para el amparo de los derechos amenazados o vulnerados. Por lo tanto, se torna indispensable analizar la procedencia del requisito en mención desde dos variables, la primera de ellas, relacionada con la existencia o no de un medio de defensa judicial y si éste es idóneo y eficaz; y una segunda, alusivo al carácter residual y subsidiario del mecanismo de protección creado por la Carta Política.

1.8.1. Respecto del primer enunciado, la Corte ha determinado la procedencia de la tutela, únicamente en tres escenarios: (i) que no haya otro medio judicial para salvaguardar el derecho fundamental vulnerado o amenazado; (ii) a pesar de haber otras acciones judiciales de protección, estas resultan ineficaces para la protección del derecho invocado; y (iii) cuando teniendo los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, estos no impiden que se materialice un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. Pues bien, en aras de proteger el derecho fundamental a la salud, se expidió la Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", que amplió las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud -en adelante SNS-, en materia de inspección vigilancia y control, creando una función jurisdiccional, para dirimir los conflictos entre los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y las entidades que hacen parte de éste. Particularmente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le permite a la SNS, conocer y fallar en derecho, de forma definitiva y con las facultades propias de un juez, los asuntos allí establecidos. El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" añadió otros asuntos a los ya regulados en el artículo anterior, para que hicieran parte de la competencia del ente de inspección vigilancia y control; dada la importancia del mismo, se procede a transcribir el siguiente aparte:

"La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad".

...

1.9. Como se insinuó al inicio del análisis del presente requisito, las siguientes son las situaciones en que este Tribunal Constitucional ha considerado que la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otro medio judicial, a saber:

“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.”

3. El derecho fundamental a la salud en adultos mayores y menores de edad. Reiteración jurisprudencial

3.1. En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ocupa un lugar de gran relevancia al ser punto de referencia en varias disposiciones normativas. Así en el artículo 44, se le menciona como parte del derecho fundamental de los niños; en el artículo 48, se le hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; o en el artículo 49, cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud.

3.2. Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el SGSSS y reguló el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En la búsqueda de éste objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han efectuado ajustes “encaminados a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, no deja dudas del rango fundamental del derecho a la salud y continúa con la optimización de dichos cambios estructurales”.

3.3. Respecto de la salvaguarda del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional en diferentes momentos ha cumplido con el deber de garantizarlo; para sus inicios (años 1992 y 2003) se utilizaba la figura de la conexidad a un derecho fundamental (vida, dignidad humana, integridad física, etc.) en pro de que prosperara la protección a través de la acción de tutela, ya que por la ubicación dentro del texto de la Carta Política se le dio a la salud una connotación prestacional al encontrarse en el capítulo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC).

3.4. Con posterioridad, el derecho a la salud fue adquiriendo una identidad propia cuando se estaba en presencia de un riesgo en la población vulnerable, identificada con el status de sujetos de especial protección constitucional. Tal era el caso de los menores de edad, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, los enfermos del VIH, entre otros.

...

En tanto, que, en el caso de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003 estableció que:
“La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud.

Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo” (n.f.d.t.).

...

3.6. No obstante, hoy la salud al ser un derecho fundamental plenamente autónomo, todavía conserva un vínculo cercano con el derecho a la dignidad humana y con el de otros derechos de índole constitucional; en este sentido, la sentencia T-014 de 2017 expresó:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del PBS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud”.

3.7. Por último, vista la autonomía del derecho a la salud con la actual legislación, artículo 2º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual fue estudiado previamente en sede de constitucionalidad en la sentencia C-313 de 2014 se tiene que:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se

ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

...

3.8.1. En jurisprudencia reciente, frente a la protección de los adultos mayores, la Corte Constitucional afirmó que:

“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.

...

4.1. Como ya se ha reiterado en recientes fallos emanados de la Sala Séptima de Revisión, y de otras salas de revisión, el artículo 2º de la Ley 1751 de 2015, que se transcribió en líneas anteriores, elevó esa autonomía que por vía jurisprudencial se le venía reconociendo al derecho a la salud, a un nivel casi constitucional al estar en un texto legal estatutario.

Así las cosas, dicha norma comprometió al Estado en una serie de acciones indispensables para que los ciudadanos tengan una absoluta tranquilidad en el acceso a los servicios de salud integral; derecho que, en caso de encontrarse amenazado o vulnerando, puede ser protegido mediante el ejercicio de la acción de tutela.

...

4.3. En la misma vía, el artículo 8º ibídem, menciona un elemento inescindible, llamado integralidad, que, en relación con la prestación de los servicios de salud, es transversal a toda la atención, en dicha norma se manifestó que:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Al respecto, la sentencia C-313 de 2014 -que realizó el estudio previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria- estableció que:

“(…) El servicio de salud se rige por una serie de axiomas, entre los que se encuentra el principio de integralidad, que se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares (...)”.

En relación con lo anterior, al igual que lo indicó la sentencia T-465 de 2018, es un deber para el Sistema de Salud garantizar el tratamiento médico al paciente, en todo el iter de la enfermedad (prevención, curación, rehabilitación y paliación), procurándole una mejor calidad de vida y respetando su dignidad humana (negrilla fuera de texto). Más aun, acorde con la sentencia T-253 de 2018 es obligación de la EPS “no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos de manera que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud”

...

4.7. Adicionalmente, en otra normativa muy a fin al sector salud, tal es el caso del anexo 1º de la Decisión 706 de 2008, que ubica a los pañales desechables como un producto de higiene personal -sinónimo de insumo de aseo- en el mismo grupo en que se encuentran las toallas higiénicas, los tampones, los protectores de flujos íntimos y los pañitos húmedos; y por otro lado la regulación del INVIMA -autoridad que hace parte del Sistema de Salud-, que al establecer las tarifas de los productos sujetos a registro sanitario, otorga el mismo código (3010) a los pañales desechables, toallas higiénicas, protectores sanitarios, tampones, protectores para lactancia y pañitos húmedos. Así pues, bajo un análisis sistemático, se considera, en efecto, que los pañales desechables se encuentran expresamente excluidos del PBS.

5. El precedente constitucional para reclamar insumos de aseo en el régimen subsidiado de salud y el procedimiento para su recobro ante los entes territoriales. Reiteración jurisprudencial

5.1. El acceso a insumos de aseo, tal como el de pañales desechables, entre otros, ha tenido un desarrollo interesante por la Corte Constitucional, al imprimirle un carácter de necesarios para

garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad.

5.2. En los más recientes pronunciamientos, la Corte en su posición garantista, ha protegido los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los accionantes, ordenando a las entidades accionadas el suministro de pañales, sobre todo si la patología que aqueja al accionante es la que origina una incontinencia urinaria.

5.3. Frente al suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana.

5.4. En suma, aunque los pañales desechables no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez constitucional, ante la solicitud de dichos insumos, a tutelar los derechos del peticionario. En cambio, no ocurre lo mismo con el suministro de guantes para cambio de pañal, por cuanto no contribuyen ni a la recuperación de la enfermedad del paciente, ya que el uso sería para un tercero, y tampoco impacta positivamente en su dignidad humana.

5.5. Por consiguiente, cuando el profesional de la salud determina que un paciente requiere la prestación de servicios médicos, de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, es la respectiva entidad prestadora la que tiene el deber de brindarlos, acudiendo al trámite que más adelante se explicará, sin que dicho procedimiento sea una barrera de acceso para el usuario.

...

6.1. El artículo 4º Superior expresa que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley, prevalece la primera. Es tal su carácter imperativo, que la inaplicación de una norma contraria a la Constitución es una facultad que debe ejercerse oficiosamente por parte de la autoridad bajo la figura de la "excepción de inconstitucionalidad".

6.2. De acuerdo a lo establecido por la sentencia T-215 de 2018, la facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad puede ser oficiosa o a solicitud de parte cuando:

"(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) en virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental."

Es éste último evento, el que corresponde analizar cuando la aplicación de una norma de carácter legal trae efectos que no son acordes al ordenamiento iusfundamental. Dicho de otra manera, puede haber una norma que, en abstracto, resulta conforme a la Constitución, pero no se puede aplicar en un caso particular sin vulnerar disposiciones constitucionales.

6.3. En consecuencia, cuando se examina el precepto que excluye expresamente los pañales desechables del PBS contenido en el ítem no. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, en los casos que se analizan, surge la necesidad de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, para que los usuarios accedan a estos insumos, toda vez que no tienen un producto similar dentro del PBS y su falta impide el disfrute de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

6.4. En síntesis, el alto Tribunal, con base en aquellos criterios debe ordenar la inaplicación por inconstitucionalidad de las exclusiones expresas en casos concretos en los que la prestación de esos servicios o tecnologías buscan garantizar: (i) la recuperación y (ii) la dignidad e integridad del paciente; aunado a que si en el proceso de atención se encuentran usuarios del régimen subsidiado, existe la presunción de su incapacidad económica para sufragar los costos requeridos para adquirir por cuenta propia los pañales desechables. Es decir, que, al tratarse de la población más vulnerable, no solo desde el punto de vista económico, emerge un criterio objetivo por la naturaleza de la vinculación de esa persona a dicho régimen, en la falta de capacidad de pago.

Descendiendo al caso en estudio, se trata de un paciente adulto mayor, perteneciente a uno de los grupos que deben gozar de especial protección por parte del Estado y es su derecho, el gozar en esta instancia de su vida de bienestar pese a los padecimientos por las enfermedades que le aquejan y el uso de sus pañales desechables, si bien no es parte del tratamiento médico que se le aplica, si le hace menos indigna su vida, dada a la incontinencia urinaria. Ahora bien, de una revisión de las pruebas

documentales anexas al escrito de tutela, no observa el Despacho, orden suscrita por el médico tratante, lo que en principio impide la autorización del suministro de los pañales. Sin embargo, la Corte Constitucional, en **Sentencia T-528/19**, deja claro que en tratándose de hechos notorios, puede el juez de tutela ordenar, como en el caso que nos ocupa, el suministro de los pañales desechables.

Sentencia T-528/19

Requisito de orden médica para acceder a los servicios resulta desproporcionada e innecesaria cuando son hechos notorios los que evidencian la necesidad.

Se ha establecido que, en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece. Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido.

Como regla general se ha señalado por la jurisprudencia de esta Corporación que las entidades de salud están obligadas a suministrar únicamente lo que haya sido prescrito por el médico tratante^[60]. Sin embargo, se ha establecido que en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece^[61].

Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido^l.

Se han presentado situaciones en las que la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían^[64]. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales^[65]; malformaciones en el aparato urinario; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral; parálisis cerebral y epilepsia, párkinson, entre otras^l.

En ese orden de ideas, se tiene que la exigencia de la prescripción del galeno tratante para ordenar insumos o tecnologías admite una excepción que se concreta en la priorización del goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos, para así evitar la transgresión de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema. Situación que debe ser analizada en el caso concreto por el juez constitucional.

En el asunto que nos ocupa, es un hecho notorio la necesidad de los pañales desechables y de que las citas médicas sean realizadas de manera domiciliaria, dada la edad avanzada del paciente, señor **LUIS MENA**, sus padecimientos y la situación de emergencia actual de pandemia generada por el COVID- 19, por lo que pese a no existir dentro del expediente una orden médica para ello, se ordenarán los mismos en la cantidad dos (2) pañales por días disponiéndose el número de sesenta (60) pañales mensuales, de igual manera se ordenará a la **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE**, se autorice la atención médica domiciliaria al paciente, dado el riesgo que supone a este los desplazamientos por las condiciones actuales de emergencia por COVID- 19.

En cuanto a la entrega de la silla de ruedas, observa el Despacho, dentro de los diagnósticos médicos, que el señor **MENA**, no padece de inmovilización de las extremidades inferiores, por lo que no se ordenará la misma, sin embargo, se ordenará evaluación médica a efectos de que se determine el beneficio o no del uso de la silla de ruedas para el señor **LUIS MENA**.

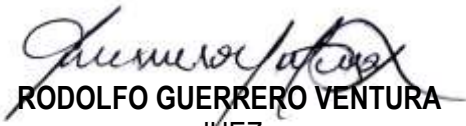
En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Tutelar el derecho a la salud y la vida digna del señor **LUIS MENA MARTÍNEZ**, y en consecuencia, ordenar a la encartada **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE** a efectos de que en el término no mayor de 48 horas haga entrega de sesenta (60) pañales desechables para adultos, en forma mensual. De igual manera se ordena que la atención médica al paciente señor **LUIS MENA MARTÍNEZ**, se realicen en forma domiciliaria en virtud de la condición de emergencia actual suscitada por el COVID- 19. Se ordena igualmente la evaluación médica del paciente a efectos de establecer la necesidad o no del uso de una silla de ruedas.

SEGUNDO: Notifíquese la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el articulado 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RODOLFO GUERRERO VENTURA
JUEZ