

REPUBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE CLEMENCIA
Veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO	13-222-40-89-001-2020-00107-00
ACCIONANTE	DIGNA EMERITA MORALES FRANCO
AGENTE OFICIOSO	PERSONERIA MUNICIPAL DE CLEMENCIA
ACCIONADO	AMBUQ EPS
INSTANCIA	PRIMERA
DECISIÓN	TUTELA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y VIDA DIGNA

1. **ASUNTO:**

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela incoada por el señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, a favor de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, contra ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO AMBUQ E.P.S., con el objetivo que se amparen los derechos fundamentales a la salud y vida digna.

2. **HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN:**

- 2.1. Informa la parte accionante que, ante la Personería se acercó la señora KARINA BATISTA MORALES, identificada con la cedula de ciudadanía No. 23.137.137, expedida en Santa Catalina, Bolívar, actuando en nombre de su señora madre DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, a presentar queja formal en contra de la E.P.S. AMBUQ.
- 2.2. Manifiesta que, la señora DIGNA MORALES es paciente de 87 años de edad con antecedentes ACV desde aproximadamente 16 años, isquemia cerebral de 6 años, con hipertensión, fue atendida en cita el 24 de septiembre del año en curso.
- 2.3. Así mismo, afirma la señora KARINA BATISTA MORALES que, ha solicitado PAÑOS DESECHABLES PARA ADULTO TALLA M y CREMA ANTIPAÑALITIS n° 4 o CREMA CERO a la EPS AMBUQ y, estos le han sido negados después de haber sido formulados por el médico tratante a su señora madre, la paciente es una persona de escasos recursos, de la tercera edad, que es atendida por otra persona dentro de un espacio reducido de habitación.

3. **PRETENSIONES**

El señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, a favor de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, solicita se sirva ordenar a la EPS AMBUQ, que realice la entrega de PAÑOS DESECHABLES PARA ADULTO TALLA M, cantidad 60 y CREMA ANTIPAÑALITIS N° 4 o CREMA CERO, en las cantidades y condiciones prescritas por el médico tratante.

4. **ACTUACIÓN PROCESAL**

El libelo tutelar fue admitido con proveído calendado 15 de octubre de 2020; siendo enterados mediante oficio N° 0723 al ente accionado remitido a los correos jurídica.ambuq@hotmail.com, jurídica@ambuq.co, juridicabolivar@ambuq.co y oficio N° 0724 el accionante, ambos de fecha 15 de octubre de la presente anualidad.

La accionada no emitió respuesta habiendo sido notificada, como muestra el correo de esté juzgado en fecha 15 de octubre del 2020.

5. PRUEBAS

De la parte accionante:

- ✓ Copia de la cédula de ciudadanía de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO.
- ✓ Copia de cedula de la señora KARINA BATISTA MORALES.
- ✓ Historia Clínica de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO con fecha 24 de septiembre del 2020, ESE HOSPITAL LOCAL SANTA ROSA DE LIMA, firmada por el medico BRAYAN RAMOS CASTILLA.
- ✓ Orden médica de fecha 24 de septiembre del 2020 donde se formulan PAÑOS DESECHABLES PARA ADULTO TALLA M y CREMA ANTIPAÑALITIS n° 4 o CREMA CERO, a la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, firmada por el medico BRAYAN RAMOS CASTILLA.

De la parte accionada:

- ✓ No presento respuesta.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

El juzgado es competente para conocer y decidir en primera instancia la presente acción de tutela al tenor de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, 1° (numeral 1, inciso 3°) del Decreto 1382 de 2000 y 1983 de 2017; no se observan nulidades o irregularidades que puedan viciar lo actuado y tampoco se observa la necesidad de decretar pruebas de oficio.

6.2. Procedibilidad de la acción de tutela.

6.2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991¹, establece lo siguiente:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales"

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor PERSONERO MUNICIPAL DE CLEMENCIA, actuando en representación de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, en razón de la norma transcrita se encuentra legitimado en la causa por activa.

6.2.2. Legitimación pasiva.

ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO-AMBUQ E.P.S, está legitimada en la causa como parte pasiva, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda. Por tratarse de entidad de carácter privado encargadas de la prestación del servicio público de salud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991², esta acción es procedente en su contra.

¹Ibidem.

²Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

6.2.3. Principio de inmediatez y subsidiaridad.

Como presupuesto procesal del ejercicio de la acción constitucional tenemos que ésta debe presentarse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser ponderado por el juez de tutela en el caso concreto.

En el caso sometido a estudio, se observa que desde la fecha en que se ordenaron los insumos a favor de la parte accionante, ha transcurrido poco mas de un mes, la señora KARINA BATISTA MORALES frente a la vulneración de los derechos fundamentales de su madre acudió ante la Personería Municipal de Clemencia, quien procedió a radicar la tutela que nos ocupa.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en reiteradas oportunidades el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud (T-760 de 2008), por lo que se ha habilitado su protección directa por vía de acción de tutela en el evento en que se considere vulnerado o amenazado; máxime cuando se trate de proteger los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional como es un adulto mayor, caso de la señora Digna Morales.

Se cumple de esta forma con los requisitos (inmediatez y subsidiariedad) previos de procedibilidad de la acción de tutela.

6.3. Problema jurídico.

El tema que será objeto de estudio por esta Judicatura, en la presente acción constitucional se concreta en el siguiente interrogante: *¿Vulnera los derechos a la vida digna y a la salud AMBUQ EPS, al no hacer entrega de insumos (pañales desechables y crema antipañalitis) ordenados por el médico tratante a la accionante?*

6.4. Tesis del Despacho.

El Despacho considera que con fundamento en la aplicación del precedente constitucional en la materia objeto de estudio, existe una flagrante vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la accionante, por parte de la entidad accionada, veamos:

6.5. SUSTENTO NORMATIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se encuentra regulado principalmente en los artículos 48 y 49 Superior, en la Ley Estatutaria Ley 1751 de 2015³ y en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Como tratados y convenios internacionales en los que se reconoció el derecho a la salud, se destaca el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC**, en el que se consagró como derecho el “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁴.

6.6. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El derecho fundamental a la salud, tratamiento integral y prohibición de imposición de barreras administrativas. Principio de integralidad del derecho a la salud. (Sentencia T-208 de 2017).

El **artículo 48 de la Constitución Política** establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso y prestación debe garantizarse a todas las personas siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Este sistema de seguridad social incluye la atención en salud, el cual de conformidad con lo establecido en el **artículo 49 ibídem**, el Estado debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, (...) conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”, de tal manera que, cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede interrumpir a causa de barreras administrativas que impidan el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para paliar o curar la enfermedad. Así mismo, el derecho a la salud

³ “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Diciembre 16 de 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” Este artículo fue desarrollado en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CDESC.

tiene como elementos esenciales: la accesibilidad física y la accesibilidad económica⁵, consideradas como condiciones mínimas en las que se deben prestar los servicios de salud.

Al considerarse el derecho a la **salud como un derecho fundamental (Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015)**, su protección es procedente por medio de la acción de tutela cuando este resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial.

Además, tiene mayor relevancia cuando los afectados sean sujetos de especial protección constitucional: niños, personas en situación de discapacidad o de la **tercera edad**, entre otros. Dicho trato diferenciado se sustenta en el inciso 3º, del artículo 13 de la Constitución Política que establece la protección por parte del Estado a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Para lo que interesa a la presente causa, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en destacar que el principio de integralidad del sistema de salud implica suministrar, de manera efectiva, todas las prestaciones que requieran los pacientes para mejorar su condición médica “esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente”⁶, de esta forma se protege y garantiza el derecho fundamental a la salud y la adecuada prestación de los servicios médicos que permitan el diagnóstico y tratamiento de los pacientes. De manera puntual, la Corte, en sentencia T-644 de 2015⁷, destacó:

“En lo que concierne al suministro del tratamiento integral, cabe resaltar que el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el galeno tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De lo anterior se desprende que ‘la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna’.”

Con todo, quienes padecen enfermedades que deterioran su salud se les debe garantizar siempre un tratamiento integral, en los términos, que se establecieron en el artículo 8º, de la Ley 1751 de 2015⁸, de tal forma que se garantice el acceso efectivo al servicio de salud, mediante el suministro de “*todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no*”. Acceso que se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el profesional de la salud los considere necesarios para el tratamiento de la enfermedad. En diferentes pronunciamientos esta Corporación⁹ ha reiterado esta garantía de acceso efectivo a los servicios médicos.

En síntesis, se puede afirmar que el derecho fundamental a la salud, se garantiza a través del uso de **medicamentos, tecnologías y servicios de manera continua, completa y sin dilaciones que permitan un tratamiento integral para prevenir, paliar o curar la enfermedad, se encuentren o no incluidas en plan obligatorio de salud**, de tal forma que las instituciones encargadas de la administración del sistema de salud atiendan los principios constitucionales que permitan eliminar las barreras administrativas o económicas de acceso para aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las Entidades Promotoras de Salud y al Estado -como titular de su administración- brindar a los usuarios una atención médica que tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las enfermedades que les aquejen y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni una mera dispensación protocolaria tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

⁵ Colombia como miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) acogió la observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que incorpora como elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. En relación con el principio de la accesibilidad fue incorporado en el artículo 6º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

⁶ Sentencia T-531 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁹ Esta regla jurisprudencial se desprende con toda claridad de la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Y además, también puede ser apreciada en las Sentencias, T-1158 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T- 962 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-493 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-057 de 2009, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-346 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; T-550 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-149 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-173 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-073 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-155 de 2014 y T-447, M.P. María Victoria Calle Correa de 2014.

El precedente constitucional en relación con la procedencia de la acción de tutela para acceder al suministro de servicios de salud contemplados o excluidos del POS.

La Corte Constitucional también ha aceptado la posibilidad de reconocer tratamientos o suministros que no están incluidos o que están expresamente excluidos del POS. Con tal objetivo, se deben agotar las siguientes exigencias:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”¹⁰.

Los pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis han sido catalogados por la Corte Constitucional como elementos de aseo que en algunas ocasiones son necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de personas que los requieren en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad. En ese sentido, ha estudiado en múltiples oportunidades la procedencia de la acción de tutela para acceder al **suministro de pañales desechables**.¹¹

En casos en los que existen ciertas patologías o situaciones de discapacidad¹² se altera significativamente *la posibilidad de realizar las necesidades fisiológicas en condiciones regulares* de aquellas personas que no pueden ejercer el control de esfínteres. La jurisprudencia ha señalado que aun cuando los pañales desechables no son un remedio para revertir esta situación causada por la enfermedad o la condición de discapacidad, *sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia*.¹³ Al respecto, **la Corte ha llegado a considerar que negarse a suministrar pañales a pacientes que padecen enfermedades limitantes de su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional**.¹⁴

Estos insumos han sido catalogados como bienes necesarios y en algunas ocasiones fundamentales para garantizar la dignidad humana por servir a las personas que están en situaciones de imposibilidad o gran dificultad para realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones normales.¹⁵ **El juez constitucional los ha relacionado con la posibilidad de gozar de la higiene y la salubridad suficientes como elementos básicos para una buena calidad de vida**,¹⁶ e incluso como insumos indispensables para sobrellevar la enfermedad de forma digna.¹⁷

Por esta razón aunque los pañales desechables no se consideran propiamente servicios de salud, pues no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez de tutela a aplicar los mismos criterios

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-099 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-565 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-899 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-1219 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-155 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-1219 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-155 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-829 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-965 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-733 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-788 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-975 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-212 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-202 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-591 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-292 de 2009 (MP Clara Elena Reales Gutiérrez), T-143 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo, AV Nilson Pinilla Pinilla), T-143 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), T-574 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-749 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-827 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-664 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-437 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-233 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-212 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-320 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-053 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-110 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-752 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-613 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-922A de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos), T-680 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-610 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-383 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-549 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-500 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-383 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-039 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-023 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo, AV, Luis Ernesto Vargas Silva), T-160 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla, SPV Alberto Rojas Ríos), T-395 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos), T-216 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T-859 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-152 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), T-054 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos, SPV Luis Ernesto Vargas Silva), T-025 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-056 de 2015 (MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez), T-558 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa), T-098 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), T-096 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-171 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-014 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹² En numerosas decisiones, entre ellas las Sentencias T-752 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa) y T-152 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), la Corte ha resaltado la importancia de los pañales desechables para los pacientes que se encuentran inmovilizados, puesto que protegen su dignidad humana.

¹³ Sentencia T-110 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

¹⁴ Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

¹⁵ Respecto del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-039 de 2013, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-383 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-549 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa; T-922A de 2013, T-610 de 2013, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; T-680 de 2013, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-025 de 2014, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-152 de 2014, M. P.: Mauricio González Cuervo; T-216 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa y T-401 de 2014, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Ver, además, Sentencias T-056 de 2015, M. P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

¹⁶ Sentencias T-664 de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, citada en la Sentencia T-500 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.)

¹⁷ Sentencia T-014 de 2017

para el acceso a servicios de salud que no están incluidos dentro del *Plan de Beneficios de Salud* cuando se trata de la solicitud de pañales desechables. Así, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional han concluido que una EPS desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud¹⁸ (hoy *Plan de Beneficios de Salud*) cuando:

(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.¹⁹

En relación con el último requisito según el cual el servicio médico debe haber sido ordenado por la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo está necesitando, tratándose de pañales desechables, la jurisprudencia constitucional ha hecho excepciones. Al verificar que los accionantes sufren graves enfermedades que deterioran de forma permanente el funcionamiento de sus esfínteres y son personas que además dependen de un tercero para realizar sus actividades básicas y ellos o sus familias no tienen la capacidad económica para asumir el pago de los elementos de aseo, se ha ordenado el suministro de pañales desechables por vía de acción de tutela.²⁰ En estas 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, [la Corte ha considerado que] resulta imperiosa la intervención del juez constitucional.*²¹

Sobre el grado de evidencia que ha requerido el juez de tutela para verificar la necesidad de pañales desechables de una persona, la Corte ha señalado que hay circunstancias fácticas que constituyen **hechos notorios**.²² Por ejemplo, aquellos eventos en los que se evidencia que una persona ha sido diagnosticada con la pérdida del control de sus esfínteres. En estos eventos, la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían.²³ Esta posición de la Corte Constitucional ha sido reiterada en casos de personas que padecen *isquemias cerebrales*²⁴; *malformaciones en el aparato urinario*²⁵; *incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral*,²⁶ *parálisis cerebral y epilepsia*²⁷, *párkinson*²⁸, entre otras.²⁹

En ese orden de ideas, los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el acceso a este tipo de insumos, en concreto la existencia de una orden médica, ha admitido excepciones que por razones constitucionales buscan priorizar el goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos y evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas.

6.7. CASO CONCRETO

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁹ Sentencia T-970 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también las sentencias: T-036 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-020 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y; T-471 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

²⁰ Sentencias T-023, T-039, T-243, T-383, T-594 de 2013, T-216 de 2014 y T-025 de 2014.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

²² “para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de ‘hecho’ en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones (...). Por su parte ‘notorio’ significa, según la real academia de la lengua, ‘Público y sabido por todos – Claro, evidente’ (...). Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”.

²³ Sentencia T-096 de 201 y T- 014 de 2017

²⁴ Sentencia T-099 de 1999. En forma reciente fallo T-054 de 2014 en el expediente T-4062223

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-460 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

²⁶ Corte Constitucional, sentencias T-1589 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz), T-899 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), y T-1219 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil).

²⁷ Corte Constitucional, sentencias T-053 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-114 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-1030 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada), T-025 de 2014 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁸ Sentencia T-160 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

²⁹ Uno de los fallos más recientes que profirió la Corte Constitucional en la materia fue la sentencia T-014 de 2017. En esa oportunidad se revisaron cuatro casos de adultos mayores que padecían de enfermedades como hipertrofia de la próstata (86 años de edad, régimen contributivo), *síndrome urinario obstructivo*, *hipertensión*, *artrosis degenerativa*, *herniorrafia inguinal derecha*, e *Hiperplasia de la próstata* (77 años de edad, régimen subsidiado), *accidente cerebro vascular* (81 años de edad, régimen contributivo), “*Insuficiencia cardíaca congestiva*, *poliartrosis*, *goniartrosis bilateral*, *hipertensión arterial*, *falla cardíaca* (93 años de edad régimen contributivo). En este caso, la Corte procedió a verificar los requisitos para el suministro de servicios o tecnologías que se encuentran por fuera del Plan de Beneficios y concluyó que para el primer caso era procedente el amparo pues la persona se encontraba en una situación de enfermedad que le impedía controlar sus necesidades fisiológicas, no había ningún elemento que pudiera reemplazar por otro que si estuviera incluido en el PBS, la no existencia de un dictamen médico respecto de la necesidad de pañales resultaba contradictoria pues la negativa de la entidad se basó en la exclusión del producto y no en la necesidad clínica del paciente, y por ultimo encontró suficiente la manifestación de la accionante de contar con los recursos económicos suficientes para cubrir el costo de los insumos. En el segundo caso encontró que se cumplía con el primer requisito pues el uso de los pañales aminoraba las difíciles consecuencias de la enfermedad. Frente al segundo requisito la Sala encontró que se cumplía, pues aunque no se observaba prueba alguna de oren médica, si se podía observar en el expediente que el titular de los derechos padecía “*síndrome urinario obstructivo bajo con disminución del calibre y fuerza con goteo postmiccional* y porque en la contestación de la acción la entidad prestadora de salud no contradijo la necesidad de pañales desechables.

El agente del Ministerio Público interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, los cuales estimó vulnerados porque la entidad no hizo entrega de los PAÑOS DESECHABLES PARA ADULTO TALLA M y CREMA ANTIPAÑALITIS n° 4 o CREMA CERO, ordenados por el médico tratante.

En ese orden de ideas, de las pruebas allegadas al proceso, el Despacho evidencia que están probados los siguientes hechos: (i) se trata de una mujer de 87 años de edad; (ii) remitida por ACV desde hace 16 años, isquemia cerebral hace 6 años y con hipertensión (iii) pertenece al régimen subsidiado de salud (iv) los pañales y crema antipañalitis requeridos fueron ordenados por el médico tratante, según orden médica de fecha 24 de septiembre del 2020.

De conformidad el precedente constitucional transcrito, dentro del presente asunto se dan los requisitos para reconocer los Pañales desechables:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de la accionante, ya que, los insumos requeridos fueron recetados por su condición de salud: paciente con secuelas de ACV e isquemia cerebral; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) la interesada no puede directamente costearlo, ya que pertenece al régimen subsidiado, lo que hace presumir su carencia de recursos, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) los pañales y crema antipañalitis han sido ordenados por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Por otra parte, es oportuno mencionar que en auto admisorio de la presente acción constitucional, se solicitó al ente accionado rindiera informe sobre los hechos que motivaron la tutela, en el término máximo de dos (2) días, de conformidad con el art. 19 del Decreto 2591/91, habiendo sido notificado en debida forma mediante oficio N° 0723 a los correos juridica.ambuq@hotmail.com, juridica@ambuq.co, juridicabolivar@ambuq.co de fecha 15 de octubre de la presente anualidad, hasta la fecha no ha dado respuesta; **se dará entonces aplicación al artículo 20, ibídem, en consecuencia, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano por considerar suficiente las pruebas aportadas por la parte demandante.**

En vista de lo anterior se tutelarán los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO; En consecuencia, se ordenará a AMBUQ EPS-BOLIVAR que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, suministre los pañales desechables y demás insumos requeridos por la accionante, en la forma y cantidades indicadas por el médico tratante. AMBUQ EPS- BOLIVAR deberá garantizarle una atención integral al accionante, de acuerdo a lo que su médico tratante considere necesario, para mejorar su condición de salud y vida.

En razón de lo anteriormente expuesto el **JUZGADO PROMISCO MUJICIPAL DE CLEMENCIA (BOLÍVAR)**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROCEDENTE la presente acción constitucional, en consecuencia, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, por las razones de orden legal y constitucionales antes enunciadas.

SEGUNDO: ORDENAR a ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO-AMBUQ E.P.S, CARTAGENA (BOLIVAR), que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a AUTORIZAR Y ENTREGAR a la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, el suministro de PAÑOS DESECHABLES PARA ADULTO TALLA M y CREMA ANTIPAÑALITIS N° 4 o CREMA CERO, de forma periódica, en las condiciones y cantidades ordenados por su médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO AMBUQ E.P.S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al término concedido para el cumplimiento de las ordenes emitidas en esta sentencia, proceda a rendir informe detallado a este Despacho sobre el respectivo cumplimiento.

CUARTO: ORDENAR a ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO AMBUQ E.P.S, que le garantice una atención médica integral a la señora DIGNA EMERITA MORALES FRANCO, con relación a los servicios que su médico tratante considere necesarios respecto de sus padecimientos de salud.

QUINTO: CONMINAR a ASOCIACIÓN MUTUAL BARRIOS UNIDOS DE QUIBDO AMBUQ E.P.S, de continuar incurriendo en las omisiones que dieron lugar a la presente acción constitucional.

SEXTO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con el artículo 30 del D. 2591/91.

SEPTIMO: De no ser impugnado este fallo, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LINA MARCELA PINEDA OLIVEROS**

JUEZA

Firmado Por:

**LINA MARCELA PINEDA OLIVEROS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 PROMISCOU MUNICIPAL CLEMENCIA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2cd80f94deeb8724ff3b487f71bdd02e9785a603ba36b04ff8e904c8bd8f7387

Documento generado en 27/10/2020 04:11:33 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**