



Cartagena de Indias, D. T. y C., cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13001-33-33-001-2018-00273-00
Accionante	ORFELINA LYNCH DE QUIROZ
Accionado	HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Derecho a la salud, dignidad humana y seguridad social.

II. - PRONUNCIAMIENTO

Procede la sala a resolver la impugnación presentada por RICARDO ANTONIO ROMERO VILLA, en calidad de agente oficioso de la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ, la parte accionante, contra la sentencia de fecha cuatro (4) de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se ampara el derecho a la salud de la señora Orfelina Lynch de Quiroz.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

En la solicitud la accionante narro los siguientes hechos:

PRIMERO: "la señora Orfelina Lynch de Quiroz actualmente presenta un diagnóstico de ADENOCARCINOMA MODERADAMENTE DIFERENCIADO INFILTRANTE de RECTO (tipo intestinal), diagnosticado recientemente por biopsia, fue remitida al Hospital Militar en la ciudad de Bogotá, donde la encontraron inoperable, por lo que, es devuelta nuevamente a la ciudad de Cartagena para tratamiento. Cuyos viáticos fueron comprados con nuestro pecunio".

SEGUNDO: "la paciente en mención tiene 87 años de edad, actualmente está en silla de ruedas, por dolor en la rodilla izquierda e imposibilidad de deambular por el dolor en el recto con palidez



generalizada, actualmente usa pañales desechables, ya que, no puede trasladarse al baño para sus necesidades.

TERCERO: " en una colonoscopia practicada encontraron la neoplasia avanzada de recto y sigmoides de 10 cm y que comprometía el 40% de luz intestinal".

CUARTO: teniendo en cuenta lo anterior, fue valorada por el Dr. Haroldo Estrada, médico Oncólogo Clínico del Centro Radio Oncológico del Caribe, quien encontró a la paciente con carcinoma de recto en estado avanzado e inoperable y le coloca tratamiento con CAPECITABINE y RADIOTERAPIA, por lo que, remite urgentemente a radioterapia y solicita exámenes de laboratorio previos al tratamiento y remisión a nutrición".

3.2. Pretensiones

Se señalan como pretensiones las siguientes:

1. la inclusión de la paciente Orfelina Lynche de Quiroz al programa de **atención domiciliaria** de los servicios de baja complejidad como atenciones de consulta de medicina general, toma de muestra de los exámenes laboratorio ordenados, servicios de apoyo terapéutico teniendo en cuenta la edad y la imposibilidad de movilizarse de su domicilio, ya que reside en un piso 11 para el cumplimiento de estos servicios.
2. el servicio de **transporte asistencial básico**, cuando le toque cumplir las citas y procedimientos de mediana y alta complejidad, por las condiciones actuales de la paciente como silla de ruedas, caminador, entre otras.
3. el suministro de **pañales desechables y cremas antipañalitis** por las limitaciones manifestadas y la patología existente que le produce actualmente cuadro de diarreas descritas en su historia clínica, actualmente está presentando inicio de DERMATITIS en sus áreas genitales y que no se compliquen y terminen en escaras pélvicas.
4. el servicio de **acompañamiento de enfermería 12 horas**, ya que, la paciente reside actualmente con una hija de 70 años de edad, quien el día





20 de septiembre del año en curso fue re intervenida en la clínica Madre Bernarda para retiro de material de osteosíntesis por fractura de la epífisis inferior de radio izquierdo y que actualmente se encuentra en proceso de rehabilitación. Además de otro hermano de 73 años quien estuvo hospitalizado en cuidados intermedios en la clínica Sol de las Américas por un ACV isquémico que le dejó secuelas de plejias de miembro superior derecho y de un nieto que actualmente estudia en el horario diurno en el Centro Colombo Americano de los 4 vientos. Ocasionalmente y en épocas de vacaciones viene su otra hija que labora como docente en el s Sur de Bolívar que es la madre del nieto que reside con ella.

5. por último el reembolso de los pasajes aéreos del regreso Bogotá-Cartagena que nos tocó comprar de nuestro propio pecunio, cuando de acuerdo a la ley mencionada anteriormente LEY 1384 DEL 2010, era su deber suministrarlo al paciente y a su acompañante cumpliendo la integralidad de la atención de este tipo de pacientes.

3.3. Admisión y notificación

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 12 de Noviembre de 2018, correspondiéndole su reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 20 de noviembre de 2018, se procedió admitir la solicitud de amparo (Fl.23). Así mismo se ordenó notificar a la entidad accionada HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA y vincular a la Dirección General de Sanidad Militar y la Dirección de Sanidad Naval. Mediante providencia de fecha 4 de diciembre de 2018 el Juzgado primero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió amparar el derecho a la salud de la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ (fls.77-91).

3.4. De la contestación de la tutela.

3.4.1. La accionada, **HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA**, en su informe (fls. 27-44) manifestó que dicha entidad está garantizando los servicios en salud al accionante con oportunidad y calidad, con base en las prescripciones de sus médicos tratantes.

Referente a la solicitud de acompañamiento de enfermería de 12 horas el hospital precisa que a la accionante se le realizaron las escalas funcionales



por la especialista en medicina física y rehabilitación con base en el Manual de Atención Domiciliaria crónico, Paliativo y Paciente Institucionalizados SSFF, y de acuerdo a las escalas funcionales en el caso de la señora Orfelina Lynche de Quiroz , obtuvo 3 puntos y verificada la interpretación de resultados de 0-5 puntos, esta únicamente requiere cuidado a cargo de miembro familiar.

Referente a la inclusión en el Programa de Atención Domiciliaria, como se indicó en el oficio No. 161500 MDN-CGFM-SECAR-JEDHU-DISAN-DHONAC-SDA-JGSC-1-10 del 16 de noviembre de 2018, se requiere valoración por el grupo interdisciplinario del programa para definir si cumple con los criterios para ingreso, en tal virtud la visita se realizara el día 26 de noviembre del 2018.

Ahora bien frente a la pretensión encaminada al reembolso por concepto de tiquetes aéreos, resulta importante anotar que ante la entidad accionada no medió requerimiento previo por parte de la paciente, surge el interrogante para esta Dirección de cómo puede hablarse de una vulneración de derechos fundamentales por parte del Hospital Naval de Cartagena cuando el accionado ni siquiera agotó el tramite interno de solicitud de tiquetes.

Con relación al suministro de pañales desechables estos no se encuentran incluidos dentro del plan de servicios de Sanidad Militar y Policial del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo No. 002 del 2001 expedido por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, sin embargo, en valoración de escalas funcionales realizada el 21 de noviembre de la anualidad, se le informó al cuidador que se convocaría una junta científica con el fin de determinar el número de pañales requerido por la paciente, teniendo en cuenta su patología, claro está, previa valoración de un grupo interdisciplinario de galenos.

Con relación con la cobertura para el traslado de pacientes, el Hospital Naval de Cartagena afirma, que en concordancia al tenor dispuesto en la Resolución del Ministerio de Salud y Protección Social No. 5521 de 2013 artículo 124, el traslado en ambulancia solo es cubierto en los siguientes casos:

"movilización de **pacientes con patología de urgencias** desde el sitio de ocurrencia de las misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el





servicio pre hospitalario y de apoyo hospitalario en unidades móviles..."
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Finalmente el Hospital Naval de Cartagena rescata que a la señora Orfelina Lynche de Quiroz no se le ha negado en ningún momento la prestación de los servicios médicos que ha requerido al centro asistencial, por el contrario en su calidad de afiliada del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, se le ha brindado la totalidad de los servicios requeridos con el único interés de brindarle el manejo indicado a su condición médica.

3.4.2. Una vez leído los hechos y pretensiones contenidas en el escrito de tutela la Dirección de Sanidad Naval encuentra que los mismos no son de su competencia por las siguientes razones:

- La Dirección de Sanidad Naval no es la competente para atender la presente solicitud, toda vez que no tiene con función la prestación de los servicios asistenciales de salud incluyendo la realización de intervenciones quirúrgicas, puesto que es un ente de naturaleza netamente administrativa.
- En la base de datos de SALUD SIS, se encontró que el señor Ricardo Antonio Romero Villa se encuentra adscrito al Hospital Naval de Cartagena.
- El Hospital Naval de Cartagena es la entidad que puede dar respuesta la acción de tutela notificada por su despacho, debido a quien por su cercanía con el accionante, es el encargado de prestar los servicios de salud requeridos, así mismo, es quien puede informar a su despacho sobre los hechos mencionados en el escrito de tutela.
- De acuerdo con lo expuesto en el párrafo del artículo 14 de la ley 352 de 1997, los Establecimientos de Sanidad Naval tienen la obligación de: "PARÁGRAFO. En los establecimientos de sanidad militar se prestará el servicio de salud asistencial a todos los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares contemplados en los artículos 19 y 20 de la presente Ley, en los términos y condiciones que determine el comité de Salud de las Fuerzas Militares."(subrayado y negrilla fuera de texto).





En virtud de lo anterior la dirección sanidad naval pide que se le desvincule por carecer de legitimidad en la causa pasiva.

3.4.3. La Dirección General de Sanidad Militar establece en su informe que a la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ en su calidad de afiliada del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, se le ha brindado toda la atención en salud que ha requerido de conformidad con la prescripción de sus médicos tratantes para tratar las patologías que padece, afirmando así que a la paciente no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental y por lo tanto no debería proceder la acción de tutela.

3.5. Sentencia impugnada

A través de sentencia de fecha cuatro (4) de Diciembre de 2018, el A quo decidió **amparar** los derechos constitucionales a la salud de la señora Orfelina Lynche de Quiroz.

Así mismo decidió ordenar al HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, a través de un profesional de la salud idóneo, se valorara a la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ para determinar con criterios médicos, científicos y acorde con sus condiciones actuales de salud, si requiere atención medica domiciliaria.

Por otro lado, declaró improcedente la acción de tutela respecto a la pretensión encaminada a obtener el reembolso del costo del tiquete aéreo y negó las demás pretensiones de la demanda

3.6. IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la sentencia de tutela de fecha cuatro (4) de diciembre de 2018 mediante escrito visible a folios (93-101), manifestando en síntesis de que los preceptos legales y hechos expuestos que motivaron la negación de la acción de tutela incoada, no se ajustan a los antecedentes expuestos ni al derecho impetrado en las consideraciones de las peticiones expuestas, argumentando que el estado crónico y el grado de avance de la enfermedad en que se encuentra la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ



hace necesario tener la atención de una persona constante con conocimientos idóneos.

Así mismo la enfermedad de la paciente **ADENOCARCINOMA MODERADAMENTE DIFERENCIADO INFILTRANTE de RECTO (tipo intestinal, en estado avanzado) sin control de esfínteres**, se desarrolla en unas condiciones con materia fecal, requiere de atenciones bastante higiénicas, por lo que es de gran importancia el suministro de un tercero con conocimientos de enfermería al menos de 12 horas al día, pañales desechables, cremas antipañalitis y guantes desechables para brindarle una atención digna a la paciente.

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

2. Problema Jurídico

La Corporación debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

-¿Vulnera el HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA los derechos fundamentales a la salud, a la vida, derecho de petición y la seguridad social de la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ, al negar el suministro de pañales, crema antipañalitis, así mismo como el de prestar el servicio de transporte, asistencia médica domiciliaria y acompañamiento de enfermería 12 horas?

- Por otro lado, corresponde al despacho determinar si la accionante tiene derecho al reembolso de los gastos en que incurrió para su desplazamiento a la ciudad de Bogotá para atender la cita médica programada en esa ciudad.

3. Tesis

La Sala Magistral revocará parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de ordenar la entrega de los paños desechables y crema antipañalitis requeridos por la accionante; en los términos del párrafo segundo del artículo 19 de la





resolución 1885 de 2018. Así mismo confirmará el fallo de primera instancia en todo lo demás.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela, como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1. Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno





susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención”¹.

Al respecto el inciso 3° del artículo 86 superior dice:

*“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**”* (Negritas fuera de texto).

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales Especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.2 La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1° del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*.

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

5. Marco Normativo y Jurisprudencial

5.1 INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD.

El artículo 49 de la Constitución Política, le otorga a la prestación del servicio de salud la categoría de servicio público, el cual debe estar orientado por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y participación, estando en cabeza del Estado la garantía de dichos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio público de salud.

Sobre el principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional en sentencia T-576 de 2008 enfatizó que *"la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del de la paciente."*

En esa misma sentencia la Corte Constitucional, precisa las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

"A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar





sólo algunos aspectos La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente."

De lo anterior, puede establecerse que el servicio de salud comporta no sólo el deber de la atención necesaria y puntual, sino también, la obligación de suministrar oportunamente los medios indispensables para recuperar y conservar el estado de salud.

En sentencia T-970 de 2008, la H. Corte Constitucional determinó que el juez de tutela, en virtud del principio de integralidad, deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología.

5.2 DE LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO

La Constitución Política en su artículo 49 preceptúa que, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y, que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Respecto del derecho a la salud, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"(...) el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera, ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo



esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda, ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"²

Por otra parte en sentencia T- 058 de 2011 señaló:

"(...)

3.2. No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, al menos por ahora, no es posible que todos los aspectos del derecho a la salud sean susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, ya que "los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho. En este orden de ideas, esta Corte ha sostenido que la acción de tutela procede para amparar el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se "requieren con necesidad", es decir, la protección de la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los "servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad".

De lo anterior se puede concluir que si bien la salud es un derecho fundamental, sólo se podrá acudir a su protección por vía de tutela, cuando se logre demostrar que la falta de reconocimiento de éste signifique a un

² Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa





mismo tiempo: a) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; b) afectar a un sujeto de especial protección constitucional; c) poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Ahora bien, en desarrollo de dicha norma superior -49, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 20, al regular la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, señala que i) el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, ii) 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, iii) 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 y iv) 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 Estado³.

La **Resolución 006408 del 26 de diciembre de 2016, por medio de la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC** establece la obligación de que las EPS presten el servicio de salud respetando los principios de integralidad, complementariedad, transparencia, corresponsabilidad, calidad, universalidad, entre otros. Respecto del suministro de medicamentos, en su artículo 39, señala que al paciente se le debe suministrar cualquiera de los medicamentos de marca o genéricos autorizados por el INVIMA que cumplan las condiciones descritas en ese acto administrativo y siempre que hayan sido ordenados por el médico tratante. En caso de medicamentos, anticonvulsivantes, anticoagulantes y otros de estrecho margen terapéutico definidos de forma periódica por el INVIMA, no deberá cambiarse el producto ni el fabricante una vez iniciado el tratamiento. La norma establece que sólo se permitirá lo anterior, previo monitoreo clínico y paraclínico necesarios.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para proteger el mencionado derecho, señaló la Corte que procede en los casos en que se

³ Corte Constitucional, Sentencia T-002 del 18 de enero de 2016, MP. Gabriel Mendoza Martelo.



logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

Igualmente, consideró que, la tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico — científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios".

5.3 LOS SERVICIOS DE SALUD DEBEN PRESTARSE CON CALIDAD, EFICACIA Y OPORTUNIDAD.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado también que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, con calidad, eficacia y oportunidad, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.

La obligación de garantizar este derecho fue radicada por el legislador nacional en cabeza de las EPS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, pues dichas entidades son las que asumen las funciones indelegables del aseguramiento en salud (Ley 1122 de 2007, artículo 14), entre las cuales se incluyen, (i) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (ii) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido consignada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003, en la cual se indicó: *"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la*





salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."

5.4. LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

Mediante Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional, señaló las reglas específicas que deben verificarse a efectos de facilitar la labor del Juez Constitucional, y asegurar la sostenibilidad fiscal del sistema de salud en armonía con las obligaciones que están en cabeza del Estado, en su condición de garante del goce efectivo de la salud. Dicha sentencia concluyó, que deben cumplirse las siguientes condiciones de manera concurrente:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad;

(ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad;

(iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;

Y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

Respecto, al caso específico de los pañales desechables, dicha Corporación ha reiterado que:



"26. Los pañales y los insumos de aseo hacen parte de aquellos servicios que no se encuentran incluidos en el POS o Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Esta Corte ha concluido que los pañales se constituyen en un bien necesario para atender las patologías que ponen al sujeto que las sufre en condiciones de imposibilidad o en dificultad para realizar normalmente sus necesidades fisiológicas. En dicho contexto, **los pañales se convierten en un producto estrechamente vinculado al derecho fundamental a la vida digna**. En ese sentido, esta Corporación dispuso lo siguiente:

"los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia"[24].

27. La jurisprudencia constitucional ha indicado que el suministro de los pañales a las personas que los requieren de manera continua lleva consigo la necesidad de garantizar condiciones mínimas de higiene y salubridad. Ello, por demás, influye en el estado de salud del paciente. Atendiendo, lo anterior este Tribunal ha reiterado que la entrega de los pañales se puede ordenar, incluso cuando no medie una prescripción médica que así lo indique, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

"(i) Que se evidencie la falta de control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona, o la imposibilidad de ésta para moverse sin la ayuda de otra. De comprobarse esta afectación, los pañales serían el único elemento apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente. (ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañales desechables".

(...)

Y en este orden de ideas, solamente cuando del material probatorio se pueda encontrar que de manera notoria el paciente requiere el uso de pañales desechables, el juez constitucional puede ordenar la prestación de la atención que resulte necesaria con el fin de a generar





condiciones de existencia acordes con la dignidad humana del paciente. De lo contrario, deberá ser la entidad prestadora de servicios de salud quien a través de los profesionales de la salud, de forma individual o en junta médica quien deberá determinar la necesidad de servicios complementarios de conformidad con el diagnóstico clínico del paciente."

5.5. CUBRIMIENTO DE LOS GASTOS DE TRANSPORTE POR PARTE DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD.

De acuerdo con los parámetros previstos en el artículo 15 de la ley 1751 de 2015, el ministerio de salud y protección social diseño el nuevo Plan de Beneficios en Salud PBS – anteriormente conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS), y mediante las Resoluciones 5269 y 5267 del 22 de Diciembre de 2017 definió expresamente los servicios y tecnologías excluidos y no excluidos del mismo.

El artículo 20 de la ya mencionada Resolución 5269 de 2017 establece que, se procede a cubrir el traslado acuático aéreo y terrestre en ambulancia básica o medicalizada cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio. Así mismo, el artículo 121 de la misma Resolución se refiere al transporte ambulatorio del paciente a través de un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención descrita en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado.

Respecto al presente asunto, el Despacho trae a colación los parámetros establecidos en la sentencia T-198 de 2018:

"respecto de este tipo de situaciones, la jurisprudencia constitucional ha condicionado la obligación de transporte por parte de la EPS al cumplimiento de los siguientes requisitos:

"que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario" 117 (resaltado fuera del texto original).





8.2. Por otro lado, en lo que se refiere igualmente al tema del transporte, se pueden presentar casos en los que dada la gravedad de la patología del paciente o su edad avanzada surge la necesidad de que alguien lo acompañe a recibir el servicio. Para estos casos, la Corte ha encontrado que "si se comprueba que el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento y que requiere de "atención permanentemente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas" (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado la EPS adquiere la obligación de sufragar también los gastos de traslado del acompañante.

5.6. LA ATENCIÓN HOSPITALARIA DOMICILIARIA Y ENTREGA DE PAÑALES DESECHABLES COMO PARTE DE LAS OBLIGACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La resolución 5269 de 22 de diciembre de 2017 del Ministerio de Salud estableció el Plan de Beneficios en Salud en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

En efecto el artículo 26 de dicha resolución prevé esta modalidad de atención como una "alternativa a la atención hospitalaria institucional "que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

La corte constitucional indicó en la sentencia T-065/18 que el auxilio que se presta por concepto de servicio de enfermería es una clase de atención domiciliaria, el cual supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados son imprescindibles para la realización de ciertos procedimientos propios de las ciencias de salud, necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De lo cual se puede colegir, se trata de un servicio médico el cual debe ser ordenado por el médico tratante del paciente y su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.





5.7. PROCEDIMIENTO PARA EL SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES SEGÚN LA RESOLUCIÓN 3951 DE 2016.

Por medio de sentencia T-742-17 la H. Corte Constitucional, señaló respecto al nuevo procedimiento según la Resolución 3951 de 2016, que:

“40. Según la más reciente actualización del Plan de Beneficios en Salud, los pañales desechables no están incluidos dentro de aquellos insumos que son financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Sin embargo, este elemento no ha sido excluido expresamente del Plan de Beneficios en Salud, pues según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías que se enmarquen dentro de alguna de las categorías o criterios establecidos en esa misma disposición, deberán ser apartados de la cobertura del plan de beneficios, lo cual no ha ocurrido hasta el momento ni con los pañitos húmedos ni con los pañales desechables.

41. Este tipo de insumos es lo que la ley ha denominado servicios o tecnologías complementarias al Plan de Beneficios en Salud, sin embargo, la misma jurisprudencia se ha referido a ellos como insumos. Según el artículo 11 de la Resolución 3951 de 2016, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la prescripción de este tipo de insumos debe hacerse conforme a las siguientes reglas:

“Cuando el profesional de la salud prescriba alguno de los servicios o tecnologías complementarias, deberá consultar en cada caso particular, la pertinencia de su utilización a la Junta de Profesionales de la Salud que se constituya de conformidad con lo establecido en el siguiente capítulo y atendiendo las reglas que se señalan a continuación: “(i) el reporte de la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud, está a cargo del profesional en la salud a través de la herramienta tecnológica Mi Prescripción “MIPRES”, quien debe consultar su pertinencia a la Junta de Profesionales de la Salud en el régimen contributivo, en cada caso particular; (ii) las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) deben registrar su decisión en dicho aplicativo; (iii) si las IPS cuentan con la referida Junta la solicitud de





concepto se realizará al interior de la misma, si no cuenta con esta instancia o con un prestador de servicios independiente, la entidad encargada del afiliado solicitará dicho concepto a una Junta de Profesionales de la Salud de su red de prestadores."

5.8. DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN

En torno a los alcances del derecho consagrado en el artículo 23 de la C.P., la corte constitucional ha señalado:

"la constitución política establece el derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. La carta estatuye entonces que el derecho fundamental de petición no solo consiste en la facultad de la persona de formular una petición respetuosa ante las autoridades, sino también en el derecho a recibir de ellas una respuesta rápida y de fondo. De ese modo, la respuesta a la petición "debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición".

Según el anterior criterio jurisprudencial el peticionario debe comunicársele en forma oportuna la respuesta que resuelva de fondo su solicitud, para que se entienda satisfecho el derecho de petición y por tanto el incumplimiento de alguna de estas exigencias vulnera su núcleo esencial.

En cuanto al termino para resolver las peticiones se tiene que el artículo 14 de la ley 1755 de 2015 establece que las peticiones que se formulen en una entidad pública deben resolverse dentro de los 15 días siguientes a su recepción.

6. CASO CONCRETO

6.1 Hechos probados.

- A partir de lo reconocido por el Hospital naval (FI 27) y el documento que obra a folio 75, se tiene acreditado que la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ se encuentra afiliada al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.





- La señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ padece de ADENOCARCINOMA MODERADAMENTE DIFERENCIADO, INFILTRANTE DE TIPO INTESTINAL (fl 6).

- El señor RICARDO ANTONIO ROMERO VILLA, en calidad de yerno de la Sra. Orfelina Lynch de Quiroz, elevó petición el día 22 de octubre de 2018 al Hospital Naval de Cartagena (fl 7-9) solicitando las mismas pretensiones que motivan la presente acción, la cual fue resuelta por el mencionado Hospital mediante oficio del 16 de noviembre de 2018 (fl 10-11).

- se encuentra acreditado que el 21 de noviembre de 2018 (fl41-44) la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ fue evaluada para efectos de determinar el manejo de enfermería en su domicilio, obteniendo una calificación de 0-5, lo que determina que requiere cuidados a cargo de un miembro de la familia.

7. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales a la salud, la vida, la dignidad humana y la seguridad social, debido a que la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ afiliada al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, se le diagnosticó ADENOCARCINOMA MODERADAMENTE DIFERENCIADO INFILTRANTE de RECTO (tipo intestinal), conclusión a que se llegó recientemente por biopsia. Fue remitida al Hospital Militar en la ciudad de Bogotá donde la encontraron inoperable por lo que la regresan a la ciudad de Cartagena para iniciar tratamiento combinado con capecitabine y radioterapia, se trata de una señora de 87 años que no tiene facilidad de movimiento y no puede ir al baño por si sola por lo que necesita de alguien con conocimientos idóneos que la pueda cuidar.

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, tuteló los derechos fundamentales a la salud de la accionante y ordenó al Hospital naval de Cartagena que en el término de 48 horas valorara a la paciente para determinar si requiere atención medica domiciliaria, así mismo decidió negar las restantes pretensiones de la demanda y declarar la improcedencia de la



acción de tutela respecto de la pretensión encaminada a obtener el reembolso del tiquete aéreo.

A su turno la accionante impugnó el fallo de primera instancia alegando que este no se ajusta a los antecedentes expuestos ni al derecho impetrado en las consideraciones de las peticiones expuestas ya que no le fue titulado ningún derecho a la accionante.

En este orden, advierte la Sala, que una vez valoradas las pruebas allegadas al expediente, de cara al marco jurídico que fue expuesto, se pudo constatar que, se cumplen los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional, para que se ordene el reconocimiento de insumos tales como, pañales desechables y cremas antipañalitis por vía de tutela, toda vez que, los pañales se constituyen en un bien necesario para atender las patologías que ponen al sujeto que las sufre en condiciones de imposibilidad o en dificultad para realizar normalmente sus necesidades fisiológicas, la falta del insumo solicitado afecta la dignidad e integridad de la paciente, debido a que, disminuye la comodidad y tranquilidad que le genera su incapacidad física, y aunque la paciente no tiene una orden médica para la entrega de esos insumos, la corte constitucional señaló en la sentencia T-014 de 2017 que de manera excepcional es procedente ordenar la prestación o entrega de servicios sin que obre una orden médica, en aquellos casos en que se trate de pacientes con enfermedades patologías que conllevan síntomas, efectos y tratamientos que son hechos notorios.

En esa medida, como fue señalado en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, sí le es dable al Juez Constitucional de tutela librar órdenes tendientes a garantizar dentro del marco del principio de integralidad, la protección del derecho a la salud y vida digna de las personas, en los eventos como el presente en los que a la paciente se le ha dictaminado una patología determinada.

Por lo anterior, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE**, el numeral cuarto del fallo impugnado, en el sentido de ordenar la entrega de ciento veinte (120) pañales desechables y crema antipañalitis a la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ; igualmente se ordenara a la accionada que remita a la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ al médico tratante, para que este determine



definitivamente, la cantidad de pañales que mensualmente se le deben proporcionar.

Lo anterior con fundamento en el párrafo segundo del artículo 19 de la resolución 1885 de 10 de mayo de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por todo lo anterior se resuelve,

VI.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto del fallo impugnado en el sentido de ordenar al HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre a la paciente ORFELINA LYNCH DE QUIROZ, 120 pañales desechables y crema antipañalitis; igualmente se **ORDENA** a la accionada que dentro del mismo término remita a la señora ORFELINA LYNCH DE QUIROZ al médico tratante para que este determine definitivamente la cantidad de pañales desechables que mensualmente se le debe proporcionar a la accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo impugnado.

TERCERO: COMUNICAR el contenido de esta providencia a las partes y al juzgado de origen.

CUARTO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL