



REPUBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	TUTELA
ACCIONANTE	ODERIS MAZO GAMBOA
AFECTADO	RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO
ACCIONADO	DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL, ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD DE MEDELLÍN – DISPENSARIO MÉDICO
VINCULADOS	DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO MILITAR
RADICADO	05001 31 03 001 2022 00248 00
PROVIDENCIA	SENTENCIA No.
DECISIÓN	DERECHO A LA SALUD. CONCEDE

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la presente acción de tutela, instaurada por el señor **ODERIS MAZO GAMBOA** quien actúa como agente oficiosa de la señora **RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO** en contra de la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL** y el **ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD DE MEDELLÍN – DISPENSARIO MÉDICO**.

Igualmente procede el Despacho conforme lo estipulado en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, el cual permite que el juez tan pronto llegue al convencimiento de la situación litigiosa pueda proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN

Manifiesta el accionante que su madre tiene 60 años de edad, afiliada a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL**,

diagnosticada con PARKINSON, E 106 DIABETES MELLITUS ISUMODEPENDIENTE CON OTRAS COMPLICACIONES ESPECIFICADAS, OSTEOPOROSIS, COMORBILIDADES DM 12, HIPOTIROIDISMO e HIPERTENSIÓN, los cuales a su vez derivan en una incontinencia intestinal. De ahí entonces, su médico tratante le prescribió los insumos médicos PAÑALES.

No obstante lo anterior, la EPS accionada ha venido dilatando la prestación de los servicios médicos ordenados por médico tratante, afectando su estado de salud y vulnerando por consiguiente sus derechos fundamentales como sujeto de especial protección.

III. LAS PETICIONES.

Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos constitucionales a la salud y la dignidad humana ordenando a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJERCITO NACIONAL** y al **ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD DE MEDELLÍN – DISPENSARIO MÉDICO**, materialice los servicios médicos referidos, prescritos por el médico tratante y tratamiento integral para la patología que padece.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de auto del 15 de julio del año en curso, se admitió la presente acción constitucional y se ordenó notificar a la entidad accionada **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJERCITO NACIONAL** y al **ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD DE MEDELLÍN – DISPENSARIO MÉDICO**, en dicha decisión, además, se ordenó la vinculación de la **DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO MILITAR**, corriendo traslado de la demanda y anexos para que ejerza el derecho de defensa, aporte las pruebas que considere necesarias.

V. CONSIDERACIONES

5.1 De la acción de tutela:

En la Carta Constitucional de 1991, se estableció que Colombia es un Estado Social de Derecho, ello implica que cada una de las instituciones que lo compone

debe estar sujeta a una serie de reglas que crean y perfeccionan el ordenamiento jurídico; de manera que se limita y controla el poder estatal con el fin de que los derechos de los asociados se garanticen de manera efectiva.

Uno de los mecanismos destinados a buscar la materialización de los principios que rigen este tipo de Estado, es la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, como un procedimiento judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de las personas, quienes acuden al mismo con la finalidad de lograr un pronunciamiento judicial a través del cual se restablezca el derecho fundamental conculcado o se conjure la amenaza que sobre él se cierne.

Dicha acción procede contra la amenaza de derechos fundamentales por parte de cualquier autoridad administrativa o inclusive de un particular, en casos especiales cuando el accionante se encuentre frente al particular en condiciones de indefensión, o este sea encargado de la prestación de un servicio público.

5.2 Derecho a la salud y seguridad social y su carácter fundamental:

Los Preceptos Constitucionales esbozados en los artículos 48 y 49 de nuestra Carta Magna, son de reflejo, frente a lo expuesto por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa en materia de salud y seguridad social, cuando expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual creó el Sistema de Seguridad Social Integral¹, definió el sistema general de seguridad social en salud, como un servicio público esencial y obligatorio, cuya dirección, organización y control están a cargo del Estado, por ello, corresponde a éste la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas, así como la de ejercer la inspección, vigilancia y control de su prestación.

Así las cosas, el Derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política se enfoca como un valor con doble connotación, es decir, como derecho

¹ Artículo 8 Ley 100 de 1993 dispone: "Conformación del sistema de seguridad social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley".

constitucional y, como servicio público de carácter esencial, por ende, la obligación a cargo del Estado de garantizar a todas las personas la atención que requieran, así como la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación.

En ese orden, tenemos que el Tribunal Constitucional, viene reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y “comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos “indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”. De forma que se “garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona”.

Súmese que el derecho a la salud se elevó a un plano de carácter fundamental para todas las personas, con la expedición de Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, que reguló el derecho fundamental a la salud y dictó otras disposiciones; misma que estableció que su objeto es el de ²“*garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección*”.

En cuanto a la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, se señaló en la Ley estatutaria anteriormente mencionada que:

“(…) ³El 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,

2 Artículo 1º Ley 1751 de 2015.

3 Artículo 2º Ley 1751 de 2015.

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Sentencia de Tutela Primera Instancia

Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

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. (Negrillas de Despacho).

Así mismo, se estableció que su ámbito de aplicación involucra a todas las personas intervinientes de manera directa o indirecta en la garantía del derecho fundamental a la salud, además, definió el sistema de salud como:

"(...) ⁴el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

Por su parte el artículo 5º de la Ley 1751 de 2015 constituyó las obligaciones del Estado con relación al servicio de salud, en atención al mandato de la *Prestación eficiente* contemplada en el artículo 365 de la Constitución Política, además de resaltar la continuidad, en donde su prestación debe ser ininterrumpida, constante y permanente debido a la necesidad de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social.

En la ⁵disposición ya referida, específicamente en su artículo 6º, se desarrollaron elementos del derecho fundamental a la salud, consistentes en: a) Disponibilidad, b) Aceptabilidad, c) Accesibilidad, d) Calidad e idoneidad profesional, así mismo, señaló los siguientes principios: a) Universalidad, b) Pro homine, c) Equidad, d) Continuidad, e) Oportunidad, f) Prevalencia de derechos, g) Progresividad del derecho, h) Libre elección, i) Sostenibilidad, j) Solidaridad, k) Eficiencia, l) Interculturalidad, m) Protección a los pueblos indígenas, n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; resaltando que los elementos y principios ya mencionados deben interpretarse de una manera armónica, dejando claro que ninguno tiene prevalencia sobre el otro.

⁴ Artículo 3º Ley 1751 de 2015.

⁵ Ley 1751 de 2015.

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Sentencia de Tutela Primera Instancia
Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

Cabe resaltar que esta normativa, guarda relación con la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en lo que tiene que ver con los sujetos de especial protección, para ello, en el artículo 11 definió:

“(...)... 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.

Parágrafo 1º " Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran. Parágrafo 2º. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011.” Así mismo, la Ley 1751 de 2015 dispuso en el artículo 15 que el Sistema es el garante del derecho fundamental a la salud, por medio de la prestación de servicios y tecnologías, las cuales deberán ser concebidas de manera integral, permitiendo su promoción y prevención. Además, en su parágrafo 1º señaló el deber del Ministerio de Salud y Protección Social para implementar en dos años lo concerniente a las prestaciones de salud, mecanismo que podrá ser técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

La obligación que tenía el Ministerio de Salud y Protección Social, fue desarrollada en parte mediante la Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, *“por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago Por Capitalización (UPC), que señala:*

“(…) Que el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, contempla el deber del Estado de garantizar el derecho fundamental a la salud, mediante la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral de la salud, que como tal, incluya su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de las secuelas. Presupuestos bajo los cuales se estructura la modificación del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC a que refiere el presente acto administrativo y cuya consolidación de la concepción de integralidad a que allí se alude, se complementará con la regulación que, en el marco del procedimiento técnico científico, defina las exclusiones, en pro de garantizar el mandato contenido en el precitado artículo”.

Se destaca que la resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 en su artículo 138 dispuso su vigencia a partir del 1º de enero de 2017 y derogando las Resoluciones 5592 de 2015, 001 de 2016 y demás disposiciones contrarias.

Ahora bien, no se puede dejar de lado que la Resolución No 1479 de 2015 *“Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado”*, cuyo objeto estableció *“6el procedimiento para el cobro y pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de salud – POS, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado, autorizados por los Comités Técnico Científicos – CTC u ordenados mediante providencia de autoridad judicial”.*

La anterior Resolución⁷ fue modificada en su artículo 3º por la Resolución 1667 de 2015, a fin de evitar interpretaciones que puedan afectar los recursos del sector salud

5.3. Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y protección especial:

⁶ Artículo 1. De la Resolución Número 1479 de 2015

⁷ Resolución Número 1479 de 2015

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Sentencia de Tutela Primera Instancia

Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

Los Preceptos Constitucionales esbozados en los artículos 48 y 49 de nuestra Carta Magna, son de reflejo, frente a lo expuesto por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa en materia de salud y seguridad social, cuando expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual creó el Sistema de Seguridad Social Integral⁸, definió el sistema general de seguridad social en salud, como un servicio público esencial y obligatorio, cuya dirección, organización y control están a cargo del Estado, por ello, corresponde a éste la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas, así como la de ejercer la inspección, vigilancia y control de su prestación.

En ese orden, tenemos que el Tribunal Constitucional, viene reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y “comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud”, de hecho, la Sentencia T-076 de 2015, manifiesta, que:

“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 POS 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.”

Claro es que el mecanismo constitucional procede en los eventos que se acredita la vulneración del derecho a la salud, lesionando la dignidad humana, que corresponda a sujeto de especial protección constitucional y/o coloque al en riesgo la vida del paciente ante la falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

⁸ Artículo 8 Ley 100 de 1993 dispone: “Conformación del sistema de seguridad social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”.

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Sentencia de Tutela Primera Instancia
Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

En este orden de ideas, cuando se trate de personas de la tercera edad, el derecho a la salud reviste mayor importancia, como consecuencia de la situación de indefensión que presentan. Por tal razón, si el juez constitucional se encuentra ante un caso en el que se presume la vulneración del derecho fundamental a la salud de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas, lo propio, es que, como garante de los valores, principios y normas dispuestas en la Carta Política y en favor de los mandatos del Estado Social de Derecho, brinde la protección necesaria al caso.

5.4. Derecho a la atención integral en salud a las personas de la tercera edad:

De acuerdo con los artículos 13 y 46 de la Constitución política, se tiene que los adultos mayores necesitan una protección preferente, debido a las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo cual el Estado debe garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención oportuna en salud.

De igual manera el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 14, manifiesta:

“Reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad”.

Es entonces, que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran, la Corte ha considerado que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona de la tercera edad cuando niega un servicio, medicamento o tratamiento incluido o excluido del POS, cuya necesidad ha sido determinada por un médico o por la patología que

padece resulta evidente. En efecto, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

La integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, como se denoto en aparte anterior implica el deber de brindar la atención completa en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios, conforme al mandato constitucional para una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social.

La prestación de atención en salud en pacientes de la tercera edad igualmente impone dar aplicabilidad al principio de continuidad, en tanto su inobservancia en personas de avanzada edad con afectación de la salud puede poner en riesgo la vida. Por esto al examinar los casos de adulto mayor, son de observancia directa frente a las negaciones emitidas por el prestador del servicio, debiendo eliminar toda acción administrativa contraria a la Constitución que afecte el suministro de forma integral y continua, debido a que el servicio de salud no se puede suspender.

5.5. Servicios y tecnologías en salud con la Ley 1751 de 2015- Sentencia SU 508 de 2.020:

Desde el año 2008 la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos constató que el modelo de impuesto por la Ley 100 de 1993 hacía engorroso y de difícil acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios del Sistema General de Seguridad social en Salud, de allí que dispuso que se diera una actualización integral y periódica al POS. En reciente sentencia, SU 508 de 2020, la máxima Corporación de lo constitucional, a partir de la revisión de 30 expedientes, reiteró su jurisprudencia en relación con el derecho fundamental a la salud, y a la vez se ocupó de analizar la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 (LeS)

En la referida providencia, la Corte señaló que, en aras de garantizar y desarrollar el derecho fundamental a la salud, el legislador modificó el POS o Plan de Beneficios a la Salud, con el fin de lograr un acceso integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación, por ello lo estableció desde una concepción más integral abandonando el modelo de inclusiones expresas, inclusiones implícitas y exclusiones explícitas, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, esto es, que todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido. Así explicó:

“Este razonamiento se plasmó en el artículo 15 de la LeS, que puede considerarse estructurado en dos grandes partes. La primera, hace referencia a la garantía general del derecho a la salud mediante la prestación de servicios y tecnologías en salud (artículo 15 inciso 1o de la LeS); mientras que la segunda establece cómo se compone el conjunto de servicios y tecnologías en salud excluidos de financiación con recursos públicos de la salud (artículo 15 inciso 2 de la LeS), así como los parámetros para fijar la lista de exclusión (artículo 15 incisos 3 y 4 de la LeS) y las reglas particulares sobre la acción de tutela y las enfermedades prácticas. (artículo 15 párrafos 1, 2 y 3 de la LeS).”

Explicó la Corporación que el *Sistema de Exclusión* derivado del artículo 15 numeral 2 consagra una restricción al derecho fundamental a la salud, pues establece que ciertos servicios y tecnologías no serán sufragados con los recursos públicos destinados a la salud, los cuales deberán concretarse por parte del Ministerio de Salud en una lista de exclusiones determinada, concreta sin lugar a ambigüedades, siempre que estos cumplan los siguientes requisitos a) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) que se encuentren en fase de experimentación y, f) que tengan que ser prestados en el exterior. Lo anterior sin perjuicio de la excepcionalidad en la prestación del mismo conforme a cada caso concreto.

Sobre los servicios y tecnologías incluidas, indicó la Corte que *“El artículo 15 inciso 1 de la LeS consagra la regla general de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS. La disposición jurídica dice que el derecho fundamental a la salud se garantizará a través de la prestación de servicios y tecnologías en salud. Éstos se estructuran sobre una concepción integral de salud, que incluye su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de las secuelas.*

(...) disposición debe leerse en concordancia con el artículo 8 LeS y con la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹. El numeral 9 de la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho de disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud; mientras que el artículo 8 inciso 1 LeS consagra que los servicios y tecnologías en salud deben prestarse 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.

En ese sentido, la prestación y el suministro de servicios y tecnologías deberá guiarse por el principio de integralidad, entendido como un principio esencial de la seguridad social y 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.¹⁰

El efecto de aplicar el principio de integralidad en el sistema de inclusión puede verse en algunos enunciados normativos. El primero de ellos es el artículo 8 inciso 2 de la LeS, que establece que, en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología en salud, se entenderá que éstos comprenden todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto a la necesidad en

⁹ C. Const., sentencia de constitucionalidad C-093 de 2018

¹⁰ C. Const., sentencia de tutela T-586 de 2013, reiterada en la sentencia C-313 de 2014.

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Sentencia de Tutela Primera Instancia

Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

salud diagnosticada. La Corte Constitucional ha entendido que este efecto refleja también el principio *pro homine*¹¹. Esto significa que la duda sobre el alcance del servicio o tecnología puede desembocar en consecuencias graves para el usuario, pues se le brindaría una atención inadecuada. Por ello es necesario que la duda se resuelva bajo el criterio de garantía efectiva de derechos, así como de evitar el daño sobre quien se prestará el servicio o suministrará la tecnología en salud”.

5.6. De la entrega de pañales:

Este concepto fue definido por la jurisprudencia constitucional como un insumo necesario para aquellas personas que padecen de una condición especial en su salud, requeridos por causa de una falta de locomoción para realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, logrando con ello disminuir la incomodidad e intranquilidad de las personas procurando mejores calidades de vida.

Dicho en palabras de la Corte Constitucional, se dijo: “La Corte Constitucional ha reconocido además que, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, aquellos sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna de quien lo requiere¹² y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud.”

En efecto, luego de las múltiples concepciones que se estuvo manejando con relación a la categorización de estos insumos dentro del plan de beneficios en salud (Resolución 5269 de 2017, artículo 2 de la Decisión 706 de 2008 de la Comunidad Andina y con el Código 3010 INVIMA, Resolución 244 de 2019) llegó a concluirse que las exclusiones de servicios y tecnologías del plan de beneficios en salud debe hacerse de manera expresa, clara y determinada¹³, procurando con ello lograr una protección a los usuarios del servicio en salud, consecuencia

¹¹ C. Const., sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

¹² C. Const., sentencias de tutela, T-519 e 2014 y T-131 de 2015, reiteradas por la sentencia T-471 de 2018.

¹³ En la sentencia C-313-14, se estableció: “Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.”

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Sentencia de Tutela Primera Instancia

Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

de lo cual, se afirmó que el suministro de pañales debía establecerse de conformidad con un modelo de plan de beneficios suficientemente esclarecido.¹⁴ Por lo anterior, estableció que al tenor del literal g) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 que *“los pañales son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS.”*

Siguiendo el mismo lineamiento jurisprudencial, también se llegó a la premisa por parte de la Corte que, para el suministro de los pañales no se debía exigir prueba de la capacidad económica como anteriormente se aplicaba, ahora se ha optado por ir en contravía de la ley estatutaria al estar incluidas en el PBS.

5.7. Procedencia del tratamiento integral:

La Honorable Corte Constitucional en las recientes Sentencias T-1000 de 2016, T-062 y T1-172 de 2017, ha sido enfática en determinar en qué eventos es procedente acceder a la orden de integralidad, circunscribiéndolo a la existencia de una orden médica dada por el galeno tratante, donde se especifique claramente el diagnóstico padecido por el paciente, veamos:

“...el concepto de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada; debe existir un diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal, salvo situaciones excepcionalísimas.”¹⁵

Se desprende del anterior planteamiento, que los principios que rigen la prestación del servicio de salud, contienen limitaciones determinadas, que para el caso de la integralidad, debe verificarse la existencia de un diagnóstico cierto, que permita al Juez Constitucional dirigir la orden sobre las reales afectaciones que padece el doliente, de aquí que se exija de la prescripción del galeno tratante *“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”¹⁶*, a más que se encuentre dentro del grupo

¹⁴ Sentencia C – 313 de 2014.

¹⁵ T 1000 de 2016

¹⁶ T-062 y T1-172 de 2017

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Sentencia de Tutela Primera Instancia
Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

poblacional de especial protección que refiere la sentencia T-062 de 2017, para proceder con la protección mediante tratamiento integral, circunscribiéndose a:

“De igual manera, se considera pertinente resaltar que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de este Tribunal, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos que merecen una especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas como sida o cáncer entre otras patologías, la atención integral en materia de salud debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.”

Implica lo anterior, que la orden de integralidad, encuentra asidero bajo un contexto específico que amerite la protección especial, esto es, cuando se tenga certeza, bajo prescripción médica del diagnóstico que afecta al paciente, la orden de los respectivos procedimientos dirigidos a recuperar la salud del afectado, y su calidad de persona de especial protección constitucional, aunado a la verificación de la actitud reticente de la Entidad Prestadora del Servicio de Salud, de proceder con la materialización de la orden de servicio.

Los anteriores presupuestos, han sido reiterados por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-032 de 2018, con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, al indicar que la orden de integralidad debe cumplir unos postulados, los cuales son; (i) la evidencia de negativas al servicio de salud que se apremia de manera sistemática, destacándose que una sola negación no es suficiente argumento para entender que a futuro se proseguirá de tal manera; (ii) que la patología que se padezca sea catalogada como catastrófica, de alto costo o haga parte de la lista de enfermedades huérfanas contenida en la Resolución 2048 de 2015; y (iii) que exista orden de servicios dictada por el médico tratante.

VI. CASO CONCRETO.

Luego del anterior repaso normativo y jurisprudencial, es del caso recordar que el señor **ODERIS MAZO GAMBOA** quien actúa como agente oficioso de la señora **RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO**, solicita la protección constitucional

en procura del derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, como quiera que considera que la accionada ha vulnerado al negarle el suministro de los **PAÑALES** según su especificad y descripción prescrita por el médico tratante, dado que presenta la patología **PARKINSON, E 106 DIABETES MELLITUS ISUMODEPENDIENTE CON OTRAS COMPLICACIONES ESPECIFICADAS, OSTEOPOROSIS, COMORBILIDADES DM 12, HIPOTIROIDISMO e HIPERTENSIÓN.**

Tanto los accionados como la entidad vinculada guardaron silencio dentro del término concedido para sus descargos, por ende, se aplica la presunción de veracidad contenida en el art. 20 del Decreto 2591 de 1991, que reza:

“Presunción de Veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el Juez estime necesaria otra averiguación previa”, tomando como verídicas las afirmaciones hechas por el accionante, al respecto la Corte dispuso, “(...) la presunción de veracidad se concibió como un mecanismo con el cual se sanciona el desinterés y la negligencia de las autoridades o del particular contra quienes se ha incoado la acción de tutela, por cuanto se ha estimado que el trámite constitucional no puede verse supeditado a dicha respuesta y es necesario que el mismo continúe su curso”.

De cara a lo planteado vemos que, por jurisprudencia constitucional fue esclarecido el asunto con relación al debate de si el suministro de pañales puede o no ser incluidos tácitamente en el plan de beneficios en salud de acuerdo con la interpretación realizada por Corte Constitucional en Sentencia SU-508/2020, debiendo por tanto, ser acogidas las pretensiones de la parte actora, pues no solo consta orden clínica emitida por el médico tratante sino también las condiciones de especificidad que las detallan debido a que en la historia clínica se deja consignado que el paciente requiere *“uso de pañal adulto talla M – 4 cambios al día, paciente con parkinson, barthel 10, severa discapacidad funcional, trauma en cuello, osteoporosis, no es posible movilizarlo al baño, alto riesgo de caídas y de fracturas, requiere uso de pañal permanente”*

Es así, como este Juez se apoyará en la prescripción que hizo el galeno tratante frente a la afectada, y a riesgo de ser reiterativo el Despacho se insiste, que dada su profesión cuenta con el criterio necesario para ordenar lo requerido por el paciente para la realización de sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares y en condiciones dignas que como ser humano merece, además de ser quien conoce de primera mano las afecciones que padece la tutelante, quien es sujeto de especial protección constitucional por su condición de movilidad reducida.

Es que como puede notarse, fue contundente la justificación del médico tratante al señalar que sin duda el tutelante se beneficiaría de los pañales por presentar el diagnóstico de ENFERMEDAD DE PARKINSON.

Así las cosas, claro debe quedar que no se puede acoger o dar prevalencia al concepto administrativo de la E.P.S. de si los otros pañales cumplen o no con las condiciones descritas sobre el de los médicos tratantes, pues es bien sabido, por demás pacífico, que el sólo raigambre administrativo no es razón suficiente para negar un tratamiento, de ahí, que no se desvirtuó científicamente por qué las recomendaciones médicas no eran viables, no siendo suficiente para ello que lo ordenado por el galeno tratante, en ese sentido, es claro que quien conoce las auténticas necesidades del afectado y la forma de paliarlas es el profesional de la salud.

Se insiste, que el derecho fundamental a la salud y vida en condiciones dignas reclama algo más allá que la ausencia de dolores, ésta por supuesto comprende como en el caso de hoy, todo lo que se requiera para lograr ubicar en una situación de bienestar y dignidad a la persona que así lo necesite, sin que sea admisible anteponer argumentos administrativos como lo es la adecuación de otros pañales, o, entendiendo lo prescrito por el galeno tratante simplemente como lo necesario para conjurar dolores, pues con tesis semejante se desconoce la esencia de la persona en todas sus dimensiones, así las cosas, el amparo deprecado, como se dijera será concedido. De suerte que sea procedente el amparo constitucional deprecado y, de paso, se hace un llamado de atención a la EPS accionada para que sin cortapisas cumpla con sus deberes no solo

contractuales sino legales y constitucionales, sin necesidad de que se vuelva a acudir a la acción de tutela.

Y es que ninguna discusión especial merece la resolución del caso de hoy; y no la merece, no porque no sea importante para el Juzgado resolver esta controversia, sino porque con la Ley Estatutaria de la Salud –L. 1751/15- , es clara que nunca podrá anteponerse razones de carácter administrativas de cara a la satisfacción del derecho fundamental a la salud, de ahí, que las decisiones emitidas por la E.P.S. que van en contra de la prescripción de un médico tratante y no se sustenten en razones de carácter técnico y científico, sino en la sola legislación aplicable en cada caso, no pueden convertirse en una barrera de acceso al derecho fundamental a la salud de la señora RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO, pues teniendo en cuenta su estado de salud que le afecta de por vida, no tiene por qué soportar las dificultades administrativas que se generen en su E.P.S., y por el contrario, es dicha Entidad Promotora de Salud quien debe desplegar todo cuanto sea necesario para satisfacer de las necesidades de sus afiliados.

Por lo visto, se protegerán los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud, igualdad, la vida, e integridad física en conexidad con el derecho a la dignidad humana de la señora RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO, con la finalidad que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la debida notificación de ésta decisión, si aún no lo ha hecho la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL, autorice y suministre los PAÑALES en las condiciones descritas por el médico tratante.

Por último, pero no menos importante, este Despacho hace un enfático llamado a la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL, para que sin cortapisas administrativas o económicas, asuma la responsabilidad que decidió emprender y por la que el Estado le confió toda la confianza para prestar un óptimo servicio de salud, debiendo consecuentemente reorientar sus políticas dentro del marco normativo existente –Ley 1751/15- y la abundante jurisprudencia constitucional que protege a los usuarios de las distintas Entidades Promotoras de Salud, pues lejos de ser una entidad que garantice el derecho a

la salud, con comportamientos como el aquí evidenciado se muestra una franca rebeldía a servir con el ímpetu que debe hacerlo.

Ante tales circunstancias y encontrándose demostrada la necesidad de la atención integral de la afiliada dentro los parámetros contenidos en la Constitución Nacional y la jurisprudencia constitucional y a cargo del accionado prestador del servicio de salud subsidiado conforme lo estable los normativos del CNSSS, ante la enfermedad presentada, en aras de cumplir los fines para los cuales se encuentra consagrado, entre los cuales están: (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitarle al accionante la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que le sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión a una misma patología¹⁷, por ello la EPSS cuestionada dará continuidad con la categoría de atención integral en salud para la patología presentada, entre los cuales se consagran: exámenes, procedimientos, valoración médica especializada, hospitalización, insumos, medicamentos, cirugía, y todo lo que requiera, de acuerdo a prescripción del médico tratante, so pena de las sanciones pertinentes, en caso de incumplimiento a la orden judicial, entre otros.

VII. DECISIÓN

Sin necesidad de más consideraciones, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN - ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna, de la señora **RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO** quien actúa a través de agente oficioso **ODERIS MAZO GAMBOA**, vulnerados por la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL**, conforme lo expuesto en renglones antecedentes.

¹⁷ Ob cit.
Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Sentencia de Tutela Primera Instancia
Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL**, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la debida notificación de ésta decisión, si aún no lo ha hecho, autorice y suministre los PAÑALES en favor de la afectada **RUBY ESTHER GAMBOA DE MAZO**, de acuerdo a las estrictas indicaciones que emitió el médico tratante.

TERCERO: CONCEDER el tratamiento integral a la afectada mencionada por las patologías que la aquejan, que corresponde a **PARKINSON, E 106 DIABETES MELLITUS ISUMODEPENDIENTE CON OTRAS COMPLICACIONES ESPECIFICADAS, OSTEOPOROSIS, COMORBILIDADES DM 12, HIPOTIROIDISMO e HIPERTENSIÓN**, haciendo claridad que el mismo comprende todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante disponga necesario para paliar o superar el padecimiento que aqueja al accionante o el restablecimiento del estado de salud de la paciente.

CUARTO: ADVERTIR a la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR EJÉRCITO NACIONAL**, que de conformidad con lo establecido en los artículos 27 y 31 del Decreto 2591 de 1991, el cumplimiento del presente fallo deberá hacerse sin demora, so pena de las sanciones de Ley.

QUINTO: NOTIFÍQUESE este fallo a las partes por el medio más expedito posible y, si no fuere impugnado **REMÍTASE** al día siguiente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO

JUEZ

GML

Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Sentencia de Tutela Primera Instancia
Radicado 05001 31 03 001 2022 00248 00

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

En la fecha, digitalmente generada, se notifica la providencia precedente, personalmente con su remisión y por ESTADOS ELECTRONICOS (la cual, inclusive para efectos de constatar su autenticidad, hallará alojada en el Micrositio asignado a este Juzgado por la Rama Judicial, en la fecha y con el radicado correspondiente, en la siguiente dirección: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-001-civil-del-circuito-de-medellin/105>).

David A. Cardona F.
Secretario