

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS Nº 1

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

STP1655-2018

Radicación nº 96367

Acta 44.

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por quien acciona, frente al fallo de tutela proferido el 28 de noviembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual declaró improcedente el amparo de los derechos invocados por la señora Cecilia Barrios De Riquett, agente oficioso de su esposo WILFRIDO RIQUET MOLINA, trámite al que fueron vinculadas la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, el Hospital Militar Central y el Centro de Medicina Naval.

2. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. WILFRIDO RIQUET MOLINA, actualmente con 81 años de edad, es pensionado de las Fuerzas Militares y la prestación de sus servicios de salud se encuentran a cargo de la Dirección de Sanidad Naval, Seccional Bogotá.

2. Desde hace más de ocho años le fue diagnosticado “demencia tipo alzhéimer” y como consecuencia de ello, han menguado sus condiciones de salud, generando inclusive, varias hospitalizaciones.

3. Actualmente presenta dificultades para pasar los alimentos y en su movilidad, por lo que debe trasladarse en silla de ruedas, usar pañales desechables y otros insumos que manifiesta la accionante oficiosa no poder costear.

4. Por esa patología y las que de ella se generan, recibe el ciudadano RIQUET MOLINA atención domiciliaria, la que la parte actora considera no es integral, al no asignarse un profesional especializado en enfermería para la atención durante las veinticuatro horas del día; dado que su cónyuge no puede continuar con los cuidados hasta ahora suministrados, en razón a su avanzada edad y la disminución de su capacidad física para ello.

5. Con el fin de obtener el servicio de enfermería permanente, la señora Cecilia Barrios de Riquett presentó un derecho de petición¹, cuya respuesta por parte del Centro de Medicina Naval y de la Dirección de Sanidad Naval generó una nueva valoración para el ciudadano WILFRIDO RIQUET MOLINA, en la que se estableció que no cumple con los criterios de asignación establecidos para ese servicio.

3. PRETENSIONES

La accionante solicita a favor del agenciado la protección de sus derechos a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, ordenar a la Dirección de Sanidad Naval: (i) la atención y cuidado permanente por parte de un profesional de enfermería; (ii) la autorización y suministro de pañales desechables, toallas húmedas, ungüento o crema anti escaras y (iii) el tratamiento integral.

4. INTERVENCIONES

4.1. Centro de Medicina Naval.

Explicó que para la asignación de la enfermería en casa, la Dirección General de Sanidad Militar ha fijado condiciones que conforme a la valoración médica no se reúnen para WILFRIDO RIQUET MOLINA, a quien se le determinó requiere es de un cuidador personal, función que debe ser asumida por la familia, en virtud del principio de solidaridad.

Agregó que esta tarea recae sobre los hijos y el núcleo familiar del agenciado, conformado por su esposa y cinco hijos, descendencia que conforme a las visitas realizadas, tienen estudios profesionales y dos de ellos con residencia en el exterior, lo que implica ingresos estables.

Deprecó negar la acción de tutela por no existir vulneración o amenaza de los derechos fundamentales reclamados.

4.2. Dirección de Sanidad de la Armada Nacional.

Ratificó la afiliación activa del actor al subsistema de salud de las Fuerzas Militares.

Adicionó que su competencia frente a la prestación del servicio de salud, es de coordinación y dirección. Y la asistencia y prestación de los mismos se encuentra en cabeza del centro de medicina naval, entidad a la que informó, haber corrido traslado de la acción de tutela para lo pertinente.

Solicitó la desvinculación por la falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.3. Hospital Militar Central.

Luego de referirse a su naturaleza jurídica y función dentro del subsistema de salud de las Fuerzas Militares, informó se han prestado al señor RIQUEZ MOLINA la asistencia conforme a lo ordenado por los médicos tratantes y las autorizaciones emitidas por la Dirección de Sanidad Naval, quienes en calidad de EPS es la encargada de emitir las autorizaciones.

Igualmente solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó por improcedente el amparo de los derechos reclamados, bajo tres argumentos:

(i) conforme a la patología y su grado de discapacidad, el servicio de enfermería no es

necesario, pues conforme las recientes valoraciones médicas, requiere de un cuidador, función que en atención a la situación socio económica de la parte actora y su núcleo familiar, debe ser por ellos asumida;

(ii) los pañales desechables, toallas húmedas y crema lubricante no tienen prescripción médica y no le han sido solicitados a la Dirección de Sanidad Naval, insumos cuyo valor también puede ser costado de manera particular, con lo percibido por concepto de pensión y con apoyo de su red familiar;

(iii) el tratamiento integral se viene suministrando al afiliado, hecho que la misma accionante admite en su demanda.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

Fue promovida por la accionante oficiosa, quien pide revocar el fallo de primera instancia, al considerar que su esposo, de 81 años de edad, tiene derecho a la protección reforzada en salud no sólo por pertenecer a la tercera edad, sino por su “discapacidad psíquica”.

Recalcó que si bien él percibe una asignación mensual por concepto de pensión de la que ambos dependen, los gastos y obligaciones que tiene no permiten costear de manera particular los servicios de enfermería, los pañales desechables y demás insumos solicitados a través de la acción constitucional.

Resaltó igualmente que la jurisprudencia ha determinado la viabilidad de orden en el suministro de ese tipo de insumos, aún sin la orden médica, cuando se evidencia la necesidad de estos.

Insistió en que a pesar de contar con cinco hijos, no puede trasladarse a ellos la

responsabilidad económica de lo solicitado, porque cada uno tiene su familia y debe responder por las obligaciones y sostenimiento de su propio núcleo.

Reiteró que, ella y sus hijos han cumplido afectiva y materialmente con lo que les corresponde, pero que actualmente se requiere la ayuda del profesional en enfermería para la adecuada atención de su esposo.

5. CONSIDERACIONES

7.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el canon 1º, numeral 4º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover la solicitud de protección constitucional ante los jueces de la República, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o que existiendo, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

2. El derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 de la

Constitución Política adquiere carácter de derecho fundamental cuando las circunstancias del caso conducen a que su desconocimiento ponga en peligro derechos y principios fundamentales, como la vida, dignidad o la integridad del individuo (CC T-829-2005), motivo por el cual, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su garantía fundamental a la salud.

Así mismo, el derecho a la salud protege a la vez, múltiples ámbitos de la vida humana y es considerado como fundamental, por la jurisprudencia y recientemente así declarado en la ley estatutaria de salud; derecho que reviste mayor importancia cuando se trata de personas de la tercera edad por la situación de indefensión en la que se encuentran (CC T-014-2017).

En cuanto al derecho a la vida, se establece que el mismo implica el reconocimiento a la dignidad humana, pues debe garantizarse al ser humano las condiciones que le permitan desarrollar sus facultades en la medida de lo posible y cuando esas condiciones se ven aminoradas por sus afecciones de salud, debe procurarse su subsistencia en forma digna.

También y en garantía de esos fundamentales derechos y en especial de los mandatos Constitucionales, de conformidad con la normatividad vigente todas las entidades que suministren la atención en salud deben procurar, no solo de manera formal sino también material, la mejor prestación del servicio, con la finalidad de efectivizar los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida en condiciones dignas, el cual debe ser garantizado por el Estado, conjunto de circunstancias que ineludiblemente no escapan al régimen especial de la Fuerza Pública.

2. Ahora bien, de acuerdo al marco jurídico y jurisprudencial referido, le corresponde a la sala analizar el fallo de primer grado en el que se determinó que

no existe vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del ciudadano WILFRIDO RIQUET MOLINA.

2. Pues bien, dentro del plenario se encuentra demostrado que:

i) quien acciona, es la esposa de la persona para quien se reclaman los servicios de salud y ello le faculta para agenciar sus derechos, dado que el estado de salud del paciente le impide su comparecencia ante los estrados judiciales para reclamar personalmente la protección de sus derechos.

ii) El ciudadano RIQUET MOLINA nació el 9 de marzo de 19362, por lo que en la actualidad cuenta con 81 años de edad y ello le hace sujeto de especial protección constitucional.

iii) Esta persona se encuentra activa en el subsistema de salud de las Fuerzas Militares y por ello, la prestación de los servicios de salud deben ser autorizados y garantizados por la Dirección de Sanidad Naval.

iv. Le fue diagnosticada como patología principal “enfermedad de alzhéimer avanzada”.

iv. Respecto del servicio de enfermería y los insumos (pañales, crema anti escaras y pañitos húmedos) que deprecia se ordenen, no existe orden médica.

2. Establecido lo anterior, le asiste parcialmente la razón a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá al negar la pretensión del servicio de enfermería, porque aunque el agenciado sea sujeto de especial protección constitucional y deba garantizarse oportuna y continuamente los servicios de salud que requiera, en las valoraciones médicas realizadas luego de las reiteradas peticiones de la familia, se determinó que no hay necesidad de un profesional en la enfermería para los cuidados y demás actividades cotidianas; valoraciones que fueron practicadas en julio y septiembre de 2016 por un médico cirujano y luego, en agosto de 2017 por un médico general, profesionales que coincidieron en que no requiere de ese servicio para preservar su salud y brindar las atenciones por él requeridas.

Nótese que para acceder al servicio de enfermería se tiene determinado que el paciente debe cumplir con alguna de las nueve condiciones relacionadas en el formato de evaluación³ y según el criterio médico, ninguna de ellas se cumple el accionante.

Para afianzar lo anterior, debe resaltarse que en manera alguna la ausencia de ese profesional de enfermería que se demanda por la familia del paciente, ha afectado negativamente su salud o sus condiciones de vida.

Luego, al determinarse por los profesionales de la medicina, en tres diferentes valoraciones distintas, que no existe la necesidad del servicio de enfermería, no hay lugar a expedir orden en tal sentido, por lo que se confirmará el fallo en ese aspecto.

2. Ahora bien, frente a los pañales desechables, pañitos húmedos y crema anti escaras, no se tiene orden médica, sin embargo, la Corte Constitucional (CC T-790-2012 y T-014-2017) ha señalado que “si bien los pañales no fueron ordenados por el médico tratante, la jurisprudencia de

esta Corporación ha entendido que la necesidad de los mismos para quien padece incontinencia, 'es un hecho notorio' que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro".

En igual sentido ha dicho que "si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad- o de cualquier otro factor-, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de pañales desechables para acceder a una adecuada calidad de vida, si bien no ideal, por lo menos aceptable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos." (CC T-597-2016).

Debe agregarse, para lo referente a la crema anti escaras lo indicado por la Corte sobre el particular en su sentencia CC T-266-2014:

"Es indudable que una persona que tiene limitaciones para la marcha, para la comunicación y se encuentre reducida a una cama dependa de otros y difícilmente controle esfínteres, lo que hace suponer al Despacho que requiera pañales desechables, crema antiescaras y cama hospitalaria debido a sus restricciones motoras. Por tanto, el no suministro de dichos insumos, conllevaría no sólo a un deterioro en su salud y su higiene, sino también a la posibilidad de tener una vida digna, así como al desarrollo de la misma en condiciones de normalidad...Aunque no existe una prescripción médica que autorice expresamente el suministro de pañales desechables, la crema antiescaras, la cama hospitalaria por parte de un médico tratante si es notoria la necesidad que tiene la señora Lucía Valencia de Cano del suministro de los mismos, en tanto que su estado patológico no le permite valerse por sí misma, lo que restringe la posibilidad de tener un control adecuado de esfínteres." (Negrilla fuera de original)

Ello lleva a la inexorable conclusión de que negar el amparo de los derechos a la salud y vida digna por no tener la orden médica, contraría la jurisprudencia y contribuye con la eventual vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

Entonces, en aras de determinar si es procedente ordenar su suministro a través de la acción de tutela, deben analizarse los restantes requisitos jurisprudenciales establecidos para tal fin (CC T-644-2014).

En el caso en concreto, los galenos han registrado en la historia clínica⁴, que RIQUET MOLINA no controla esfínter, sumado a que la valoración de la escala de Barthel le ubica en grado de discapacidad psíquica 4, que como concepto determina “desorientación con diagnóstico posible de demencia, incontinencia habitual o total, trastornos del sueño y alimentación”⁵.

Por lo que claramente, su ausencia amenaza la vida digna del paciente, ya que también jurisprudencialmente se ha establecido que “la falta de pañales “afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, e impide la convivencia normal con sus congéneres” (CC T-565-1999), como también ha establecido que “cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables con el fin de salvaguardar su dignidad humana, éstos deberán entregarse como un elemento no POS que puede ser recobrado con cargo a los recursos del Estado” (CC T-760-2008), criterio que se extiende a los demás insumos en este punto estudiados.

De la misma manera, no existen insumos sustitutos dentro del POS, o para este caso, dentro del plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, que permitan cumplir el fin.

En cuanto a la capacidad económica del accionante y su núcleo familiar, si bien la asignación pensional neta supera los \$2'800.000.00, en la demanda de tutela se relacionaron y demostraron de manera detallada los gastos mensuales para el sostenimiento y las necesidades básicas de quienes hoy conforman el núcleo familiar del demandante, lo

que permite determinar que esa incapacidad económica⁶ manifestada en la acción de tutela es latente y se cumple este otro requisito.

Si bien cuenta el pensionado de las Fuerzas Militares con cinco hijos, profesionales según se relaciona en el formato destinado para ello, el simple hecho de mencionar quienes componen el núcleo familiar, su grado de escolaridad y eventual lugar de residencia, no logra desvirtuar esa manifestación respecto a que no es posible costear esos insumos de manera particular.

Reunidos se encuentran entonces esos requisitos jurisprudenciales para ordenar por vía de tutela, los pañales desechables, los pañitos húmedos y la crema humectante, por lo que se revocará el fallo de primera instancia en ese sentido y se tutelarán los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social del señor WILFRIDO RIQUEZ MOLINA.

Como consecuencia de lo anterior se ordenará a la directora del Centro de Medicina Naval, o a quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, autorice y entregue al paciente de WILFRIDO RIQUEZ MOLINA mensual e ininterrumpidamente pañales desechables, pañitos húmedos y crema anti escaras. Para efectos de establecer una cantidad mensual concreta, deberá llevarse a cabo la visita médica domiciliaria respectiva.

2. En cuanto al tratamiento integral, conforme las manifestaciones hechas en la demanda de tutela, al accionante se le vienen prestando la totalidad de los servicios ordenados por los médicos tratantes, al punto que la única inconformidad se circunscribía al servicio de enfermería y suministro de los insumos antes mencionados.

Ahora, la orden de tratamiento integral resulta procedente, siempre y cuando (i) el conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones del paciente hayan sido previamente determinadas por el médico tratante; (ii) se esté en presencia de sujetos de especial protección constitucional o de personas que padezcan enfermedades catastróficas; y (iii) se compruebe que el actuar de la entidad demandada, encargada de asegurar el servicio de salud, no ha sido diligente y ha puesto en riesgo los derechos del accionante (CC T-096-2016).

En el sub lite, como se anticipó, si bien nos encontramos frente a una persona de especial protección Constitucional, no se tiene información sobre negativas o retrasos en otros servicios de salud, diferentes de los debatidos en esta acción, que demanden una orden preventiva en tal sentido, que por demás, es excepcional.

Con base en lo anterior la Sala confirma lo decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en punto a negar la orden de tratamiento integral.

7.9. Finalmente, conviene señalar que no se impartirá alguna facultad de recobro ante el FOSYGA, por cuanto, al ser un régimen expresamente excepcionado del Sistema General de Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no cuenta con dicha posibilidad. Sobre el particular Corte Constitucional en la sentencia CC T-540-2001, señaló:

«En ese sentido, advierte la Sala que ni la Ley 352 de 1997, ni el Decreto 1795 de 2000, mediante el cual el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP), contienen disposición alguna que permita a la Corte declarar que la Dirección General de Sanidad Militar pueda repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por los sobrecostos en que incurra por el cumplimiento de la orden que

se le imparte en el fallo de tutela».

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONCEDER la pretensión relacionada con el suministro de pañales desechables, toallas húmedas, ungüento o crema anti escaras

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la directora del Centro de Medicina Naval, o a quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, autorice y entregue al paciente de WILFRIDO RIQUEZ MOLINA mensual e ininterrumpidamente pañales desechables, pañitos húmedos y crema anti escaras. Para efectos de establecer una cantidad mensual concreta, deberá llevarse a cabo la visita médica domiciliaria respectiva.

TERCERO: EJECUTORIADA esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: NOTIFÍQUESE de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 16 cuaderno primera instancia

2 Folio 11, Id. Documento de identidad.

3 Folio 122 y siguientes, lb.

4 Anverso del folio 129, lb. dice: “Incontinencia urinaria mixta” y a folio 135 se consigna que es “dependiente en higiene y vestido”.

5 Folio 121. lb.

6 La Corte Constitucional en las sentencias T-683 de 2003, T-644 de 2014 y T-558 de 2016, indicó al respecto: “...en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad...”