

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011)
Proyecto aprobado por Acta No. 547
Hora: 4:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por el representante de CAPRECOM E.P.S.S., contra el fallo mediante el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, tuteló los derechos invocados por la accionante **DORA LÓPEZ MADROÑERO** en representación de **PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ**.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los supuestos fácticos de la acción de tutela son los siguientes:

- La señora **DORA LÓPEZ MADROÑERO** dijo ser desplazada, madre cabeza de familia y estar adscrita a CAPRECOM E.P.S.S.
- Desde hace cuatro meses se encuentra a la espera de que se le entregue unas medicinas. La accionante al llamar a la E.P.S.S. no obtiene respuesta alguna, y por más que llame, no responden el teléfono o la dejan en espera durante cinco o seis minutos, para finalmente informarle que los medicamentos no han llegado.
- Los fármacos pretendidos son: CLOTRIMAZOL SOLUCIÓN, CLORFENIRAMINA JARABE, y los productos RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE. Para el efecto llevó fórmula de consulta externa del 15 de febrero de 2011 de la menor **PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ**.
- Considera vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida.

2.2 Solicita que se ordene a la E.P.S.S. CAPRECOM el suministro de los productos antes referidos.

2.3 Mediante auto del 15 de junio de 2011, la *a quo* avocó el conocimiento de la acción de tutela, ordenó vincular al proceso a la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda, y corrió el respectivo traslado a las entidades vinculadas.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 CAPRECOM E.P.S.S.

La directora territorial encargada de CAPRECOM E.P.S.S., dio respuesta al requerimiento del juzgado de la siguiente manera:

- Desde antes de la notificación de la acción de tutela (23 de mayo de 2011), esa entidad hizo entrega a la accionante de los medicamentos hidrocortisona crema tópica, betametasona al 0.1%, según obra en el libro de recibido de medicamentos.
- Los medicamentos clotrimazol solución y clorfeniramina jarabe, se encuentra a disposición de la peticionaria, sólo debe acercarse a las instalaciones de la E.P.S.S. para su entrega.
- Los fungicidas contra insectos y el repelente no son suministros médicos autorizados y menos insumos para la prestación de servicios de salud, atendiendo tal circunstancia, la usuaria debe asumir su costo. Tal petición resulta ser temeraria e ilegal.
- CAPRECOM E.P.S.S. dio cumplimiento a sus deberes legales, proporcionando la atención requerida y expidiendo oportunamente las autorizaciones de servicios, lo que constituye un hecho superado, ya que el servicio debe ser asumido de manera integral y sin que la afiliada deba acudir a la acción de tutela.
- En el presente caso resulta procedente decretar el cabal cumplimiento a los hechos que motivaron la demanda.
- Para corroborar la información aportada, solicitó que se recepcionara el testimonio de la señora LÓPEZ MADROÑERO.

Pide que no se conceda el amparo impetrado por la tutelante y se declare la existencia de un hecho superado.

Allegó copia del folio 53 del libro de medicamentos, en el que obra la constancia recibido de la accionante de los productos HIDROCORTISONA CREMA TÓPICA AL 1% y BETAMETASONA AL 0.1 %.

3.2 SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL

El apoderado judicial de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, dio respuesta al escrito de tutela así:

- La negativa del suministro de los medicamentos clotrimazol solución y clorfeniramina jarabe, ordenados por el médico tratante de la menor PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ, fue lo que motivó la interposición de la acción de tutela.
- Los elementos denominados RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE, fueron denegados por estar excluidos del POSS.
- De la información suministrada se concluye que la paciente es una niña de 10 años, afiliada a CAPRECOM E.P.S.S., entidad autorizada para captar usuarios y prestar los correspondientes servicios en todos los niveles y procedimientos.
- El hecho de que la titular del derecho sea menor de edad y tenga la condición de desplazada, la ubica como sujeto de especial protección, motivo por el cual, pese a estar afiliada al régimen subsidiado, resulta ser beneficiaria del POS contributivo.
- La E.P.S.S de manera directa o través de su red prestadora de servicios, debe garantizar todos los servicios médicos para el restablecimiento de la salud de la afiliada.
- Por ser CAROLINA PEÑA LÓPEZ un sujeto de especial protección, tiene derecho a que se le brinde atención integral de salud, sin tener en cuenta las exclusiones que tienen los planes obligatorios.
- El acuerdo 004 de 2009 en su artículo segundo, hace referencia a plan de beneficios para niños y niñas.
- Hizo referencia a la normatividad que regula el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.
- Dio a conocer que los medicamentos prescritos por el médico tratante hacen parte del plan de beneficios del régimen subsidiado, y por ello deben ser suministrados directamente y sin dilación alguna por parte de CAPRECOM E.P.S.S.

- Los insumos RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE también deben ser asumidos por la entidad, ya que fueron ordenados por el facultativo.
- La responsabilidad recae sobre la E.P.S.S. demandada, ante la notoria vulneración a los derechos fundamentales de la menor de edad.

Solicita que se tutelen los derechos de la infante, y se declare que el ente territorial no ha incurrido en infracción alguna.

Aportó copia de los siguientes documentos: poder especial, decreto 078 de 2008 a través del cual se realiza el nombramiento del Secretario de Salud Departamental y acta de posesión 167.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 El 29 de junio de 2011¹, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Pereira; (i) decidió tutelar los derechos fundamentales de la menor CAROLINA PEÑA LÓPEZ. En consecuencia, se ordenó a la empresa promotora de salud subsidiada CAPRECOM que brindara los medicamentos HIDROCORTIZONA CREMA, BETAMETASONA CREMA, CLOTRIMAZOL SOLUCIÓN, CLORFENIRAMINA JARABE, y los productos RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE, atendiendo las indicaciones del facultativo y sin dilaciones injustificadas; y ii) autorizó a la E.P.S.S. a repetir contra la Secretaría de Salud del departamento, por los gastos que generara la entrega de los insumos RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 La directora territorial encargada de CAPRECOM E.P.S.S. presentó escrito de apelación en los siguientes términos:

- Como se hizo referencia en contestación de la demanda, desde el día 23 de mayo de 2011, la entidad hizo entrega a la accionante de los medicamentos hidrocortisona crema tópica y betametasona al 0.1 %. Los fármacos restantes se encontraban en las instalaciones de la E.P.S.S. a la espera de ser reclamados por la actora, situación que implicaba la declaratoria de hecho superado.

¹ Folios 20-29

- El suministro de veneno y repelente a la afiliada, es una arbitrariedad del despacho, ya que se está obligando a una entidad prestadora de servicios de salud, a que brinde unos insumos que nada tienen que ver con la actividad demandada.
- Sería más fácil ordenar a la Secretaría de Salud fumigar el inmueble que habitan las accionantes, ya que el asunto es de aseo e higiene.
- Quienes habitan el inmueble donde reside la menor LÓPEZ PEÑA, deben procurar mantener unas condiciones de limpieza mínimas.
- El aseo o desaseo de los accionantes no puede ser responsabilidad de las empresas promotoras de salud.
- No es cierto que el médico tratante haya ordenado el suministro de los elementos enunciados, sino que una vez verificó las condiciones de la paciente, hizo la observación que debían controlar las plagas, pero en ningún momento esa recomendación hace parte de un tratamiento a cargo de la demandada.
- En eventos como el presente, se generan inconvenientes presupuestales ya que tanto el Fosyga como el ente territorial se rehúsan a hacer los pagos correspondientes.
- Los recursos del sistema de salud tiene una destinación específica, en consecuencia, no se puede dar un manejo exagerado a los mismos, ya que ello acarrea consecuencias disciplinarias y penales.

Solicita que se revoquen los numerales 1, 2, 3 y 4 del fallo recurrido; que se declare el hecho superado respecto a los motivos de interposición del amparo; que se ordene a la Secretaría de Salud Departamental fumigar la vivienda de las tutelantes para evitar la propagación de plagas, y que se disponga que el ente territorial haga entrega de los servicios no POSS.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 La Constitución Política Colombiana consagró la acción de tutela en el Art. 86 como un derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en

todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección *inmediata* de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en su caso, protección que consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, fallo que será de inmediato cumplimiento; pero esta acción solo es procedente cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial*, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.3- Problema jurídico y solución

6.3.1 De conformidad con los argumentos de la impugnante, esta Corporación debe decidir si el fallo adoptado por la juez de primera instancia fue acorde a los preceptos legales en relación con lo referente a la orden del suministro de los insumos de CLOTRIMAZOL SOLUCIÓN, CLORFENIRAMINA JARABE, RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE, a favor de la menor de la PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ.

6.4 Protección constitucional reforzada a los niños.

No cabe duda que en el caso que ocupa la atención de ésta Corporación, están en juego derechos fundamentales de una menor, y al respecto no debe perderse de vista que la propia Constitución en el artículo 44 ha consagrado un régimen de protección especial para los niños y por ello proclama que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-620/99 dice sobre el tratamiento especial a los niños:

“...De igual manera, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales”, los cuales estarán destinadas “a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”. Al mismo tiempo, el numeral e) del artículo 13

del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, es contundente cuando determina que “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”. El artículo 18 de esa misma disposición señala que “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a... c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo...”

Igualmente en fallo T-137 de 2003 la Corte Constitucional anotó:

“...En tratándose de los niños, la Constitución Política de 1991 garantiza especialmente sus derechos, puesto que para ellos debe existir una especial protección por parte del Estado y la familia. En este sentido la protección a la vida, salud, integridad física y seguridad social de los niños son derechos fundamentales que prevalecen sobre los derechos de los demás, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.² Así, lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, al señalar que:

...El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños...”³

Así, cuando se reclaman los derechos fundamentales a favor de un menor, éstos tienen prevalencia frente a los derechos de los demás.

² Sentencia T-514 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-558/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

6.5 Solución al caso concreto.

6.5.1 El Hecho superado.

Sea lo primero establecer que esta Corporación no vislumbra vulneración a las garantías de las accionantes con relación al suministro de los medicamentos HIDROCORTIZONA CREMA, BETAMETASONA CREMA, CLOTRIMAZOL SOLUCIÓN, CLORFENIRAMINA JARABE, ya que como bien estableció la empresa promotora de salud, desde antes de que se incoara el presente amparo, se había hecho entrega de dos de los fármacos formulados, y posteriormente, se pusieron a disposición de las usuarias los servicios POS restantes, los cuales permanecen a la espera de ser reclamados en las instalaciones de la entidad tutelada, situación lleva a inferir que si en algún momento existió un presunto quebranto de los derechos invocados a favor de la infante, este ha sido superado, lo cual no obsta para que se ampare el derecho fundamental enunciado, aunque no se imparta orden alguna, atendiendo la circunstancia descrita.

6.5.1 Los servicios excluidos del POSS

En el caso *sub examen*, la *a quo* ordenó a la E.P.S. CAPRECOM, suministrar los insumos RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE a favor de **PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ**, prestaciones que a modo de ver de la accionada, son servicios que no están catalogados como de salud y por ende están excluidos del POSS. También dispuso la facultad de recobrar frente al ente territorial, por aquellos gastos en que incurra en acatamiento del fallo y que legalmente no le corresponda asumir.

Como ya se señaló, la titular de los derechos aquí reclamados es un sujeto de especial protección, pues es menor de edad, y atendiendo tal situación, debe recordarse que de conformidad con lo establecido en los acuerdos 008 de 2009, 004 de 2009 y 011 de 2010, el cubrimiento de los servicios que requieran los niños entre los cero años y los dieciocho, será el previsto en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.

Teniendo en cuenta tales disposiciones, desde ahora se debe establecer que los servicios aquí pretendidos no hacen parte de ninguno de los planes obligatorios de salud existentes en el régimen contribuido y subsidiado, y ni siquiera figuran como una exclusión o limitación de los mismos, por cuanto no constituyen un servicio médico.

Al respecto, se debe señalar que "SC JOHNSON A FAMILY COMPANY", empresa fabricante de los productos materia de discusión, ha catalogado los

mismos como plaguicidas destinados a la "limpieza del hogar"⁴.

En lo referente RAID PULGAS Y GARRAPATAS fue creado para *"romper el ciclo de vida de las pulgas es indispensable para lograr controlarlas. La fórmula patentada antiincubación de Raid® mata a las pulgas y evita que las larvas lleguen a convertirse en pulgas adultas"*, y RAID ZANCUDOS Y MOSCOS, *"mata moscas, mosquitos, jejenes, mariquitas asiáticas y otros insectos voladores que entran en contacto con la bruma, por lo tanto no hay necesidad de rociarlos directamente..."*.

Ahora bien, ambos productos, tiene como precaución *"...Evita el contacto con los ojos, la piel y la ropa... No aplicar el producto en seres humanos... Puede ser dañino si se absorbe por la piel..."*

Si bien es cierto que en la fórmula médica expedida por el galeno tratante de la menor figuran los insumos aludidos, sobre estos no hay una orden en cuanto a la cantidad y dosificación, sin embargo fueron una recomendación del profesional de la medicina para mejorar las condiciones de asepsia del lugar de habitación de la titular del derecho, ya que como se refirió, esos insumos no han sido catalogados como servicios médicos o de salud, sino como plaguicidas destinados al cuidado del hogar.

Pese a los plaguicidas y el repelente objeto de controversia, se encuentran excluidos del plan de beneficios POS, y que tienen la característica de ser implementos para la limpieza del hogar, es importante recordar lo expuesto por la Corte Constitucional en cuanto a las "condiciones de asepsia" que rodean el ambiente de un paciente así:

"... como lo ha expresado el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales[39], el derecho a la salud no se restringe al derecho a estar sano[40], pues aquél derecho abarca la garantía de gozar del más alto nivel posible de salud que sea posible[41], por lo cual comprende "una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"[42] (subrayado y énfasis nuestros).

Los anteriores factores son meramente enunciativos, pero en ellos podemos encontrar, por una parte, que el derecho a

⁴ <http://www.raidkillsbugs.com>

la salud comprende la garantía de vivir en condiciones sanitarias y de limpieza que impidan un detrimento de la salud de una persona y, por otra parte, que para gozar del más alto nivel posible de salud se tiene derecho a disponer de tratamientos, medicamentos, diagnósticos e insumos que permitan cuidar la salud, cuando en su caso concreto ellos sean factores determinantes de la salud de una persona...⁵.

Atendiendo el precedente jurisprudencial, se puede concluir que la falta de acceso a los insumos solicitados por la representante de la menor no le permiten vivir en condiciones sanitarias y de limpieza que la preserven del posible contacto con insectos, por lo cual el no suministro de RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE, desconoce el derecho de la afiliada a gozar del más alto posible nivel de salud.

Es innegable que la falta de higiene y la posibilidad de tener contacto con parásitos por la falta de asepsia, afecta la calidad de vida de una persona, y de paso puede desconocer la necesidad de prevenir vulneraciones a la vida misma, la cual puede verse amenazada por infecciones graves y continuas.

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permiten a esta Sala inferir que los productos objeto de impugnación son requeridos por la titular del derecho, no sólo como una medida de higiene, aseo y asepsia a su entorno, sino como un complemento al tratamiento médico que fue ordenado por el galeno tratante, y en razón a ello confirmará la sentencia materia de impugnación.

Con fundamento en lo expuesto, se procederá a confirmar parcialmente el proveído impugnado, con las modificaciones aludidas.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, dictada por la Juez Quinta Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por la señora DORA LÓPEZ MADROÑERO en representación de la menor PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ en contra de CAPRECOM E.P.S.S.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-648 DE 2006.

SEGUNDO: Por haberse configurado un hecho superado, no se emite orden alguna frente al suministro de los medicamentos HIDROCORTI ZONA CRMA, BETAMETASONA CREMA, CLOTRIMAZOL SOLUCIÓN, CLORFENIRAMINA JARABE, toda vez que ya se restablecieron los derechos de la accionante.

TERCERO: CONFIRMAR la orden sobre el suministro de los productos RAID PULGAS Y GARRAPATAS, RAID ZANCUDOS Y MOSCOS Y SPRAY OFF REPELENTE a favor de la menor PAOLA CAROLINA PEÑA LÓPEZ.

CUARTO: Se ordena el envío del expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario