



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Veinticuatro (24) de Enero de dos mil
Veinte (2020)

RAD: 20001 40 03 005 2019 00574 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **EMERLINDA BELTRAN DE CUTA** contra **SANITAS EPS**. Derecho fundamental a la salud.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada, FAMISANAR EPS-S contra la sentencia adiada 08 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante a través de agente oficioso adujo en síntesis, lo siguiente:

Su señora madre EMERLINDA BELTRAN DE CUTA, se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud, a través de la EPS, denominada Sanitas EPS, por la negativa injustificada en la autorización del servicio de enfermería parta 12 horas , la cual venía siendo ordenado por sus médicos tratantes.

Su madre es una persona de mayor de edad con 89 años, quien hasta el día 30 de agosto de 2019, estuvo afiliada en la EPS MEDIMAS, la cual dejó de funcionar y fue trasladada a la EPS SANITAS.

En la historia clínica del médico tratante se estableció paciente CONDUCTA 1 ALTA MEDICA 2 HOME CARE CON ENFERMERIA 12 HORAS, para lo cual, generó órdenes médicas. El 27 de agosto de 2019, IPS MEDICAL HOMECARE, la cual prestaba los servicios de Home Care a su madre, mientras estuvo afiliada a MEDIMAS EPS. Al igual como aconteció con lo indicado por el médico tratante del ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, indicó el servicio de auxiliar de enfermería de 12 horas.

Así mismo, fue madre fue valorada por el médico internista de la IPS Medical Homecare, el 30 de agosto de 219, luego de tal valoración, el servicio 12 horas a favor a de mi madre.

El 26 de septiembre del presente, un mes después de su última valoración por el servicio de Home Care adscrito a la entidad accionada, prestado por la IPS COONSOCIAL C.T.A., quienes determinaron que la agenciada no cumple con el protocolo para obtener aux enfermería domiciliaria.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutelén los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social a ERMENLIDA BELTRAN DE CUTA, **y, en consecuencia**, se le ordene a al Representante Legal de SANITAS EPS, autorizar y garantizar el tratamiento integral que su madre requiere.

Que se le ordene al Representante Legal de SANITAS EPS, autorice y garantice el servicio de enfermería por 12 horas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 18 de noviembre de 2019, tuteló los derechos fundamentales a ERMENLIDA BELTRAN DE CUTA, vulnerado por la demandada SANITAS EPS.

Al considerar que al no cumplir esta última con la prestación del servicio de salud de manera eficaz e integral al suspender sin motivación atendible la prestación solicitada y que se enmarca dentro del concepto de atención domiciliaria según lo define el art. 4° del acuerdo 029 de 2011 y, a su vez, se encuentra por los cuales ya no se hace necesario el servicio, basados en la condición real de salud de la paciente y en la recuperación comprobada de sus patologías.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, la parte accionada, impugnó el fallo de primera instancia bajo el sustento de la siguiente manera:

Aléga que al paciente debe ordenarse el servicio de CUIDADOR y no enfermera conforme las indicaciones del médico tratante.

Como fundamento de lo anterior, argumentan que EMERLINDA BELTRAN DE CUTA, no requiere de una ENFERMERA, y lo que realmente necesita es un CUIDADOR, que le colabore apoyándola en los cuidados básicos de la vida diaria como el suministro de alimentos, aseo personal y autocuidado, tareas que en estricto corresponden a los familiares del paciente, por ser los primeros obligados, según la Constitución

5

y las normas civiles a proveer lo necesario para velar su cuidado, sin que pueda admitirse que el personal de la salud, el administrativo de la EPS deban entrar a suplir a los familiares.

En virtud de lo anterior, solicitan que se modifique la orden impartida y en su lugar se ordene que el servicio a proporcionar al paciente deber ser CUIDADOR y no enfermera conforme el médico tratante.

Así mismo, de manera subsidiaria, solicitan que se aclare que el servicio de enfermera de acuerdo a la prescripción médica vigente, ordenada por el médico adscrito a la red, donde se indique la periodicidad del servicio (horas y meses) para la prestación de la misma.

Por último, solicitan adicionar un numeral de la parte resolutoria en la cual se brinde la posibilidad de acceder a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, para que reintegre a la EPS SANITAS S.A.S., en un término perentorio el 100% del cuidador en salud.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si en el caso concreto, la decisión de primera instancia está ajustada a los lineamientos

jurisprudenciales y normativos para haber otorgado el amparo a la agenciada, quien es un sujeto de especial protección constitucional.?

Derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-014/17:

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación señaló 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."

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

"[E]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado"

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, esta Corporación ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a "afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez", razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que "es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran".

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se 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, ha considerado esta Corporación, 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".

En conclusión, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental en sí mismo, no debe desconocerse que, en sujetos de especial protección, como el caso de las personas de la tercera edad, este derecho adquiere mayor relevancia pues, las naturales consecuencias de la vejez, ubican a estas personas en un estado de debilidad manifiesta del cual el sistema de salud, debe encargarse.

Los servicios esenciales para sobrellevar un padecimiento y garantizar una vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia:

En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

Al respecto, en Sentencia T-617 de 2000, esta Corporación manifestó:

*"En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, **no solo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas**"*(Negrilla por fuera del texto).

De la misma manera, este tribunal constitucional mediante Sentencia T-224 de 1997, reiteró que: *"el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando **no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal**, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad"* (Negrilla por fuera del texto).

Lo anterior, obedece a que la enfermedad no solo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De esa manera, en aquellos casos en los que científicamente no se pueda obtener la recuperación del estado de salud del paciente por el complejo cuadro clínico que presenta, se debe propugnar, por todos los medios, a garantizar el nivel de vida más óptimo a través de la totalidad de los elementos y tratamientos que se encuentren disponibles, pues con ocasión de sus enfermedades son fácilmente expuestos a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, los cuales, aunque no persigan el completo y eficaz restablecimiento del paciente, sí resultan paliativos para sus difíciles condiciones, pues por medio de ellos se les brinda una calidad de vida con un mínimo de dignidad.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados 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. Así, en caso de existir duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

Autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio. Reiteración de jurisprudencia:

Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda.

Dentro de esa gama de posibilidades, se encuentran los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de hacer menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible.

En uno de esos casos, este Tribunal Constitucional 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"*.

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone - él, o su núcleo familiar- carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

Además, acerca de la protección de derechos fundamentales como la vida digna, que ampliamente se relaciona con la necesidad del insumo en comento, esta corporación ha sido enfática en resaltar que *"el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente"*.

En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de posibilidades que brinda la normativa vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios, se levanta una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando luzcan como una barrera para su goce efectivo.

Luego, 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.

La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-065/18:

El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través

7

de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado "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).

Al respecto, el artículo 26 prevé a 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.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de "*servicio de enfermería*" constituye una especie o clase de "*atención domiciliaria*" que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que 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.

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia del afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de "*servicio o tecnología complementaria*" se encuentra

en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016 estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: *"En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)"*.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: **(i)** en el caso de tratarse de la modalidad de "enfermería" se requiere de una

8

orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y (ii) en lo relacionado con la atención de cuidador, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud - Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-345/13:

En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana. Esto fue recogido por la **sentencia T-760 de 2008** en la regla: *toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud'*, pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar

qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos, tal como podría ocurrir en el caso concreto.

Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.

Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002 al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido *"la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante"*.

Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente.

CASO CONCRETO

Para comenzar, el problema jurídico se despacha de manera positiva dado a que la señora ERMELINDA BELTRAN DE COTA, con una edad de 89 años, es decir, es un adulto mayor, el cual merece la protección por parte del Estado, y además, se percibe que el médico tratante consignó en la historia clínica "PACIENTE CRONICA ENCAMADA SIN SIGNOS DE ENFERMEDAD AGUDA QUE REQUIERE INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA DE HOME CARE CON ENFERMERIA CON 12 HORAS Y VISITA MEDICA GENERAL POR DOS MESES Y MEDICINA INTERNA POR MES.

Dentro del caso de marras, está probado que (i) ERMELINDA BELTRAN DE COTA, tiene una edad de 89 años, que (ii) está afiliada al régimen contributivo a la EPS SANITAS, que (iii) tiene diagnosticado DEMENCIA NO ESPECIFICADA y ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA.

Así mismo, por las condiciones de salud de la paciente la cual tiene una edad avanzada "89 años de edad" la EPS al solicitar dicho servicio de entrada le negó el mismo por motivos que no cumple con el protocolo para tener servicio de enfermería Home Care.

la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"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."* Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional. Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar *"todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *"prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"*.

El tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

En cuanto a la integralidad, debe precisarse en todo caso, que en virtud de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) sancionada por el Presidente de la República el 16 de febrero de 2017, que entró en vigencia en esa misma fecha, quedó sin vigor el PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, garantizándose en el artículo 17 ibídem "la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo" dentro de los esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad la evidencia científica.

De manera que en principio, no se requerirían órdenes de protección integral a favor de los pacientes, pues precisamente la ley prevé que éstos deberán recibir los procedimientos prescritos por el galeno tratante, quien goza de liberalidad de diagnóstico y tratamiento.

De igual manera, que los diagnósticos de la agenciada (HIPERTENSIÓN ESENCIAL, (primaria), principal E441, DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA LEVE, SECUNDARIO S723, FRACTURA DE LA DAFISIS DEL FEMUR, DERECHO SECUNDARIO F002, DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIME, ATIPICA OI DE TIPO MIXTO, SECUNDARIO J449, ENFERMDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, NO ESPECIFICADA, SECUNDARIO" están probados dentro de este juicio constitucional y, por lo tanto, la necesidad del servicio Home Care, es necesario de acuerdo al historial clínico aportado; de todas maneras, atendiendo la edad en la que se encuentra la agenciada es dable de proteger el derecho a la salud y su calidad de vida de forma digna.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que EMERLINDA BELTRAN DE COTA, es una persona de 89 años de edad, es un sujeto especial protección constitucional, que a través de las distintas valoraciones dado a sus patologías diagnosticadas le han ordenado el servicio de enfermería por 12 horas, esto fue con la EPS MEDIMAS¹, cuya fecha tiene del 02 de agosto de 2019, posteriormente, se vislumbra en el historia clínica que la paciente hoy agenciada hace seis (06) años, viene con HOME CARE, además de ello, la ISP SANTE ELENA DEL VALLE, en valoración de fecha del 19 de septiembre de 2019, rectifica y ordena el servicio de enfermería para 12 horas², es decir, según el historial clínico aportado se evidencia que el servicio ha sido ordenado por el médico tratante, inclusive, con la EPS SANITAS.

Ahora bien, la EPS SANITAS sostiene que la agenciada no necesita un servicio de enfermería, sino, un cuidador y quien está a cargo, en primer lugar, es la familia, pues, revisando las pruebas aportadas se avizora en la evolución médica existe un criterio donde se estableció que EMERLINDA BELTRAN, no cumple con el protocolo para obtener auxiliar de enfermería domiciliaria, sin embargo, dicho documento es de vieja data, esto es, de 12 de mayo de 2011³, es decir, es un criterio que no está actualizado, puesto que con las historias clínicas aportadas se vislumbra que la última valoración fue del mes de septiembre del 2019, donde indican la pertinencia de ese referido servicio de salud a la agenciada.

Así las cosas, razón le asiste al juez de tutela fallador, dado a que las condiciones de salud de EMERLINDA BELTRAN, es dable mantener el amparo constitucional de sus derechos fundamentales constitucionales. No obstante, la EPS accionada pretende que se le indique las horas y meses, para prestación de ese servicio de salud, hecho éste que el juez sentenciador indicó en su parte resolutive, donde estableció que el **"servicio se debe mantener hasta tanto no exista previa orden médica integral que justificadamente precise los motivos por los cuales ya no se hace necesario, basados en la condición real de salud de la paciente y**

¹ fol. 08 del cuaderno principal.

² Fol. 14.

³ Fol. 17.

en la recuperación comprobada de sus patologías" esto significa que no es el juez de tutela el que debe establecer la periodicidad del servicio de enfermería, sino, sus médicos tratantes, pues, para ello, la accionante debe ser valorada de manera integral y son los galenos a través de las valoraciones los que establecerán la continuidad del servicio referido y su periodicidad (horas y meses).

Cabera decir que, resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo⁴. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

Sin más elucubraciones, los argumentos de la impugnación se respetan, sin embargo, no se comparten, puesto que, con las pruebas aportadas, la jurisprudencia citada, es dable mantener la protección de EMERLINDA BELTRAN DE COTA, por lo tanto, se procede a confirmar la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: confirmar la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, Cesar, por las motivaciones ante expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN DAZA ARIZA
Juez.

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

