

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5, Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Telefax 3753827
e-mail: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

Resolver la impugnación interpuesta por la agente oficiosa de la actora, señora MARIA JANETH SALCEDO SALCEDO, contra el fallo de tutela proferido el 8 de junio del 2020, por el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad.

SITUACIÓN FÁCTICA:

1°. Precisó en la demanda la señora MARIA JANETH SALCEDO, que su progenitora MISABELINA SALCEDO DE SALCEDO, es un adulto mayor, de 86 años de edad, pensionada, quien desde el 2018, como consecuencia de un ACV quedo con secuelas motoras y cognitivas y atendiendo criterio de su neurólogo, es “*completamente dependiente en actividades básicas y avanzadas de la vida diaria, requiere de la asistencia de su familia para su supervivencia*”, razón por la cual veía siendo atendida por una persona que contrataron cuyo salario se sufragaba de la pensión de la señora ahora discapacitada, empero ante su renuncia, el núcleo familiar no cuenta con las condiciones para cumplir con la carga de ser cuidadores, ni asumir el costo de ello, por lo que solicita del juez constitucional, se ordene a COMPENSAR EPS, el suministro de un CUIDADOR, para garantizar el derecho a la salud de su madre.

2°. La tutela nos fue repartida el 12 de junio del 2020.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

Mediante fallo del 8 de junio de 2020, el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Conocimiento negó el amparo deprecado, por cuanto “la accionante no probó con suficiente contundencia, la necesidad de que el juez de tutela ordene a la accionada el suministro del servicio de cuidador domiciliario; puesto que de las pruebas obrantes no se advierte que el núcleo familiar este en total impedimento de cumplir con su obligación de cuidado con la señora Misaelina Salcedo. De tal suerte, en el presente caso no se probó la configuración del perjuicio irremediable, y si bien es cierto que la accionante requiere cuidados personales, tampoco quedó demostrado la imposibilidad manifiesta del núcleo familiar de proveerlo.”

DE LA IMPUGNACIÓN

La agente oficiosa de la accionante, presentó impugnación del fallo antes descrito, solicitando la revocatoria y en su lugar se conceda la tutela de los derechos fundamentales invocados, argumentando que la señora juez erró en sus apreciaciones y consideraciones y omitió dar aplicación a la “distribución probatoria” que ha ordenado la jurisprudencia constitucional en estos casos, prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, como quiera la incapacidad económica de la familia está debidamente probada para atender los requerimientos actuales de la señora MISAELINA SALCEDO, que según su criterio, demanda el servicio de tres personas para su cuidado, asunto que no es posible atender con el valor de la pensión de la actora, pues se vulneraría el mínimo vital no solo de ella sino de los demás integrantes de la familia. Precisó que la señora juez de instancia erró en la interpretación jurídica al manifestar que era obligación del núcleo familiar la atención y cuidado de la actora desconociendo con ello la Jurisprudencia de la Corte, la cual dice que los llamados directamente a esta labor son aquellos que viven físicamente con la persona, situación que sólo puede afirmarse en relación con su hermana Luz Nancy Salcedo, quien labora y gana un salario mínimo, a través del cual satisface sus necesidades básicas.

CONSIDERACIONES

Se confirmará la decisión impugnada, teniendo como premisa principal que toda atención en salud debe ser previamente ordenada por el médico tratante, y que ni el usuario, su familia o el juez puede atribuirse esa función, imponiendo su voluntad.

➤ **La protección del derecho fundamental a la salud y el elemento de ‘requerir con necesidad’**

En la sentencia T-061/19, la máxima autoridad constitucional, resaltó que dada la naturaleza fundamental del derecho a la salud, es papel del juez de tutela identificar su eventual afectación a partir de la verificación de que el tutelante **requiere con necesidad** un medicamento, servicio, procedimiento o insumo. Destacando, lo dicho en la sentencia T-760 de 2008 que precisa: “desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo)”. Es más, en esta misma sentencia, que constituye un hito en la comprensión del derecho a la salud, se estableció que “En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente”¹. Subrayado fuera de texto. Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente².

¹ Sentencia T-760/08.

² Al respecto, la sentencia T-345/13 señaló: “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. 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” (subrayas fuera del texto original).

La señora SALCEDO SALCEDO, como hija de la actora, solicitó, como agente oficiosa, la protección de los derechos fundamentales de su progenitora, con base en la presunta omisión de la E.P.S. COMPENSAR, de prestarle los servicios de cuidador, empero a pesar de su manifestación respecto de la supuesta necesidad de tal servicio, no aportó elementos que acreditaran que tal pretensión siquiera la haya solicitado a la entidad, esto es, que su pretensión la traslada al juez de tutela, para que sea éste quien según su criterio, ordene un cuidador para la señora MISAELENA SALCEDO, omitiendo los conductos regulares para obtener de la entidad prestadora de servicios algún trámite.

Aunado a lo anterior, no existe orden médica, para determinar que se *requiere con necesidad* lo solicitado en sede de tutela. En efecto, observa el despacho que a pesar de que se aportaron copias de la historia clínica de la agenciada, elaborada con ocasión de una atención de urgencias en el 2018 por motivo de un ACV, de ella no se desprende verificación científica que permita ordenar, mediante el amparo del derecho a la salud, lo solicitado por la agente oficiosa, tres cuidadores. Hay que señalar que en la historia clínica allegada está consignado el diagnóstico, pero no las necesidades de la paciente emanadas del mismo y, sobre todo, de la actualidad de su situación médica, tan solo hay un concepto de un neurólogo que da cuenta de su estado de dependencia y que necesita de la ayuda de su familia. Es más, es la propia entidad accionada quien refiere que no existe evidencia acerca de órdenes médicas pendientes o incluso diagnósticos posteriores que señalen la necesidad en torno a lo solicitado por la parte tutelante; se concluye entonces en este sentido, que al hacer un estudio de las pruebas aportadas y recaudadas en este trámite constitucional, se observa que no existen órdenes médicas que sustenten el elemento de *requerir con necesidad* el servicios, máxime cuando es exclusivo que un servicio médico debe ser ordenado por el galeno tratante del afiliado pues 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, dicho en otras palabras, el suministro de atención domiciliaria, debe ser ordenado por su médico tratante, y desconocer esto sería *“usurpar las funciones de los galenos”*, quienes son los competentes para determinar la necesidad de un servicio requerido, como quiera es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experiencia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, por manera que para que una EPS asuma la prestación de la atención domiciliaria, de antaño la jurisprudencia ha sido clara en señalar que *“sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”*³. Por ende, el juez de tutela no puede atribuirse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la *lex artis*⁴.

Se tiene que para el presente caso, no se evidencia que el médico tratante de la señora MISAELENA SALCEDO haya ordenado el servicio médico que requiere la accionante; ni que se haya hecho la solicitud a la E.P.S, de modo que se establece que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para acceder a las pretensiones de la tutela y así no queda camino diferente que confirmar la decisión de instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600 de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República,

³ Sentencia T-345 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

RESUELVE :

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia impugnada por las razones anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR remitir al Juzgado 28 Penal Municipal con función de conocimiento, una copia de este fallo, para su conocimiento al e mail : j28pmcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO.- ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Para la notificación a las partes , se debe hacer a los siguientes e mail:

COMPENSAR EPS: compensarepsjuridica@compensarsalud.com

AGENCIA OFICIOSA: velasquezximena@gmail.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JUAN PABLO LOZANO ROJAS

Juez