



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 60 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE
BOGOTÁ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela interpuesta por **GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ** en calidad de agente oficiosa de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, en contra de **SANITAS EPS.**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de salud, seguridad social en conexidad con el derecho a la vida.

HECHOS

GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ indicó, que su hermano **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, es cotizante del régimen contributivo de salud en **SANITAS EPS.**, en diciembre del año 2019, presento severos dolores de cabeza asociados a convulsiones, motivo por el cual fue atendido por urgencia en la fundación cardio Infantil, remitiéndolo bajo valoración médica a citas con especialistas de neurología y neurocirugía.

Indicó, que en el mes de marzo del año 2020, con base en los exámenes médicos ordenados por los especialistas, se evidenció un "***Glioblastoma multiforme presuntamente maligno***", ordenando por parte del neurocirujano la recesión del tumor, programando cirugía que se llevaría a cabo el 21 de agosto de esa misma anualidad.

Señaló, que posterior a la cirugía le fueron ordenadas citas de oncología y radioterapia en las cuales se removerían fragmentos remanentes, iniciando de igual manera ciclos de quimioterapia con medicamentos e inyecciones que se llevarían a cabo cada 15 días, y controles cada tres (03) meses con neurocirujano quien le ordeno cuidados paliativos.

Refirió, que en atención por parte de oncología se le suspendió la quimioterapia dado que su hermano se encontraba muy inflamado y podía presentar daños a su salud, emitiendo las prescripciones respectivas sugiriendo de igual medida órdenes para trabajo social justificando que **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, requiere un cuidador en casa, dado que la mamá es quien está atendiendo su enfermedad, siendo dicha situación la que ha afectado su salud dado que el deterioro de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ** es acelerado y empeora constantemente.

Conforme con lo anterior, indicó que su hermano se encuentra en cuidados paliativos, razón por la cual el médico general, servicios de enfermería, psicología y trabajo social, están siendo prestados en su domicilio.

CLINICA COLSANITAS S.A.

Clinica Universitaria Colombia - NIT. 800149384
Dirección: Calle 23 No. 66 - 46 - Teléfono: 7436767
Nombre: JOHN ALEJANDRO SOTO BOGOTA
Identificación: CC 80195930 - Sexo: Masculino - Edad: 38 Años

REIMPRESIÓN REMISIÓN DE PACIENTES

NUMERO DE APROBACION: 186803410

BOGOTA D.C.
01/06/2022, 07:06:06
Carné: 10-3313255-1-1 - Historia Clínica: 80195930
Historia Clínica: 80195930
Tipo de Usuario: Contributivo

- Signos Vitales:
Frecuencia cardiaca: 70 latidos/min
Frecuencia respiratoria: 15 Respiraciones/min
Tensión arterial sistólica: 100 mmHg
Tensiónn arterial diastólica: 60 mmHg
Tensión arterial media: 73.3 mmHg
Peso: 83 Kg
Talla: 1.76 m
Índice de masa corporal (IMC): 26.79
Superficie corporal: 2.03 (m2)

ANÁLISIS Y PLAN DE ATENCIÓN

Plan:
Peso: 83 kilos talla: 1.76 sc:1.92
-Dexametasona 4 mg Vo cada 12 horas
-Doxiciclina 100 mg VO dia #30
-Amoxicilina 1000 mg Vo dia #42
-Continuar lacosamida según lo indicado por neurología
** Seguimiento por trabajo social.
**Pendiente transporte ambulatorio
**Seguimiento por cuidado paliativo y dolor
**Control por oncología en 30 días

Mipres N° 20220502168033169668 Transporte (1/ 6)

Nota: Paciente con diagnóstico conocido con progresión de enfermedad y deterioro neurológico que limita su funcionalidad requiriendo cuidado permanente. Actualmente con una sola cuidadora (madre), se solicita a la eps considerar la opción de autorizar un cuidador en casa para el paciente mientras la madre se encuentre trabajando.

DIAGNÓSTICO

Diagnóstico Principal: Tumor maligno del cerebro, excepto lobulos y ventriculos (C710), Tiempo Evolución: 6 Mese(s), Estado de la enfermedad: Controlado, Confirmado repetido, Causa Externa: Enfermedad general.

RESUMEN PLAN DE MANEJO

- Se formula Dexametasona acetato 4 mg Tableta con o sin Recubrimiento Tomar (vía Oral) 1 tableta cada 12 hora(s) por 30 día(s). Amoxicilina Cap 500mg Tomar (vía Oral) 2 cápsula cada 8 hora(s) por 7 día(s). Doxiciclina 100mg Tableta con o sin Recubrimiento Tomar (vía Oral) 1 tableta cada 24 hora(s) por 30 día(s).

- Se remite a Oncología Clínica.

ORDEN MÉDICA CON AUTORIZACIÓN APROBADA

Por favor comunicarse con CLINICA UNIVERSITARIA COLOMBIA
CL 23 66 - 46, 5948650EXT 5716712, BOGOTÁ D.C. - BOGOTÁ D.C.

"Señor usuario: no olvide solicitar por escrito un resumen de la atención que le realice el especialista, el cual debe presentar en su próxima consulta"

DATOS DEL MÉDICO

Rocio del Pilar Mariño Gonzalez - Oncología Clínica
CC 52764933 - Registro médico 52764933

- Impreso: 15/06/2022, 12:49:59

Impresión realizada por: rdmarino
Original

Página 2 de 2

Firmado Electrónicamente

Informó, que su mamá es una persona de sesenta y cuatro (64) años de edad, que no ha podido volver a laborar dado que, se le ha dificultado el cuidado y manejo de su hijo JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ, ya que el tumor esta en progresión situación que lo culmino a una silla de ruedas, generándole de esta manera graves dolores de columna dada su condición y dificultad para movilizarlo, dado el considerable peso de su hermano, sin que se pueda contratar los servicios de un(a) enfermero(a), dado que no disponen de recursos para poder costear sus servicios.

Concluyó, que SANITAS EPS., no ha tenido en cuenta las observaciones indicadas por parte de los especialistas de oncología y los que semanalmente atienden a su hermano dado el deterioro que está sufriendo y el difícil manejo de este mismo, siendo con esta negación con la que considera se está vulnerando sus derecho fundamentales.

PRETENSIONES DEL ACCIONANTE

Con fundamento en los hechos narrados, la agente oficiosa del acionante solicitó a este despacho: i) se amparen los derechos fundamentales invocados; ii) Ordenar a SANITAS EPS., para que dentro del término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del fallo en primera instancia, se asigne un cuidador en casa y/o enfermero(a); iii) ordenar a SANITAS EPS., para que se brinde el servicio de traslado de JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ, a citas con especialistas y para prácticas de exámenes médicos cuando lo requiera; iv) ordenar a SANITAS EPS., para que suministre todos los medicamentos que requiera JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ con celeridad.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

JERSON EDUARDO FLORÉZ ORTEGA en su calidad de representante legal para temas de salud y acciones de tutela de **SANITAS EPS.**, indicó que, **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, efectivamente se encuentra afiliado al sistema de salud a través de **SANITAS EPS.**, en calidad de cotizante al régimen contributivo, con estado **ACTIVO**.



ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NUMERO DE IDENTIFICACION	80195930
NOMBRES	JOHN ALEJANDRO
APELLIDOS	SOTO BOGOTA
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/****
DEPARTAMENTO	BOGOTA D.C.
MUNICIPIO	BOGOTA D.C.

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.	CONTRIBUTIVO	03/04/2017	31/12/2999	COTIZANTE

Fecha de Impresión: | 06/17/2022 14:39:40 | Estación de origen: | 192.168.70.220

Señaló, que por parte de esta entidad, se han brindado todas las prestaciones médico-asistenciales que ha requerido el paciente debido a su precario estado de salud, acorde con las ordenes médicas emitidas por parte de sus médicos tratantes.

Informó, que los servicios de cuidador(a) y/o enfermero(a) no son sinónimos como bien plantea la parte accionante, puesto que el servicio de enfermería, se encuentra enfocado en un desempeño mas puntual, como lo son las actividades técnicas de salud que requieren conocimientos específicos dados los manejos invasivos que pueden requerir, encontrándose que dicho servicio se encuentra cubierto por el Plan de beneficios en salud de acuerdo a lo establecido en Resolución 2292 de 2021, siempre y cuando cuente con un ordenamiento médico que justifique la necesidad del mismo, siendo que en este caso en concreto, no se cuenta o no hay evidencia de orden que requiera dicho servicio, ahora bien en cuanto al cuidador(a), este servicio puede ser desempeñado por

otra persona que apoye a otra para cumplir con sus necesidades básicas, que no requieren un entrenamiento en salud, siendo más un servicio social al brindar ese tipo de acompañamientos dada la dependencia de las personas a las cuales se les brinda ese servicio siendo de esta manera una función que puede desempeñar la familia de manera directa o indirecta contratando los servicios de un tercero.

Indicó, que frente al servicio de un cuidador, como del transporte ambulatorio del paciente, como primer medida se tiene la carencia de una orden médica en la cual se detalle el requerimiento de un cuidador(a) para **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, y su servicio de transporte para asistir a citas con especialista o exámenes médicos, de igual manera señala que dichos servicios no se encuentran incluidos en el PBS, añadiendo que en esta primer solicitud, los llamados a responder por las necesidades del paciente es su grupo familiar primario, quienes son la línea de respuesta ante este tipo de requerimiento, motivo por el cual esta solicitud no debe ser asumida por **SANITAS EPS.**

De acuerdo con lo anterior, y ante los hechos narrados por parte de esa entidad procedió con solicitar al área encargada el agendamiento de valoración del Plan Hospitalario Domiciliario con el fin de determinar los requerimientos actuales del paciente y la pertinencia de las pretensiones en este escrito tutelar.

Concluyó indicando que **SANITAS EPS.**, ha realizado todas las gestiones necesarias para brindar todos los servicios médicos requeridos por parte de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, considerando que no existe derecho fundamental amenazado o vulnerado puesto que se ha autorizado todo lo requerido por los médicos especialistas y los medicamentos requeridos para el manejo de su patología, por lo cual solicita denegar las pretensiones de la presente acción constitucional, y en caso de acceder a esta solicitud y tutelar los derechos invocados se ordene de manera lo explícita solo lo requerido pese a no contar con orden médica que lo requiera, y de igual manera ordenar el reembolso del 100% del costo del servicio solicitado con cargo al ADRES y/o Ministerio de Protección Social.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Nacional estableció la tutela como un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, bien sea que resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Instrumento constitucional que guarda armonía con los artículos 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos².

La norma mencionada establece también que la acción de tutela solamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable.

Conforme con el artículo 42, numeral 2° del decreto 2591 de 1991, decreto 1382 de 2000 y artículo 2.2.3.1.2.1 del decreto 1069 de 2015,³ es este estrado competente para conocer de acciones de tutela contra particulares que presten los servicios públicos de salud, como ocurre con SANITAS EPS.

DE LA AGENCIA OFICIOSA.

El artículo 10° del decreto 2591 de 1991 indica que el ejercicio de la acción de tutela puede darse en todo momento y lugar, **por cualquier persona** que actúe por sí misma, a través de representante o mediante la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos se encuentra en imposibilidad de hacerlo por sus propios medios.

En el presente asunto, se cumplen varios de los requisitos jurisprudencialmente establecidos para legitimar esa actuación oficiosa⁴, pues GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ manifestó en la demanda de tutela tal calidad y exaltó las graves condiciones de salud en las que se encuentra su hermano y que le imposibilitan para acudir a los estrados

¹ Aprobado mediante Ley 74 de 1968

² Aprobado mediante Ley 16 de 1972

³ A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden Distrital o municipal y contra particulares

⁴ Véase sentencia T-671-11.

con el propósito de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, por lo que este Despacho declara la legitimidad de la agente oficiosa del accionante para promover el amparo de los derechos fundamentales.

DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.

Esta acción Constitucional resulta también procedente estudiarla, en virtud a que los derechos fundamentales reclamados como lo son el de la **SALUD** y **SEGURIDAD SOCIAL** en conexidad con la **VIDA**, que resultan ser constitucionales fundamentales, sumado a la especial protección Constitucional de la cual goza **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ** atendiendo las patologías que lo agobian y la urgencia y pertinencia de brindársele un tratamiento óptimo y oportuno.

Ahora bien, una vez verificado que este estrado judicial es competente para tramitar la presente acción constitucional, resulta procedente hacer un estudio minucioso en virtud a que los derechos Constitucionales fundamentales reclamados invocados por quien acciona y de los cuales solicita su protección.

DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud ha adquirido el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela, así lo indicó la Corte Constitucional al señalar:

"(...)la salud es un derecho constitucional fundamental y le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho cuyo contenido ha sido paulatinamente precisado por la jurisprudencia constitucional.

En esa misma línea argumentativa, la protección del derecho constitucional fundamental a la salud está prima facie en cabeza del Legislador y de la Administración mediante la adopción de políticas así como de un conjunto de medidas, actuaciones o actividades orientadas a garantizar la debida y

efectiva protección de este derecho. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho constitucional fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios (...)"⁵

Lo anterior significa que el Estado colombiano, a través de las empresas promotoras que prestan el servicio esencial de salud a la población, deben procurar de manera efectiva y oportuna que a la persona que padezca algún quebranto de salud se le preste la atención debida evitándole la prolongación de dolencias físicas o inconvenientes sin dilaciones o limitaciones, ello en aras de garantizar una óptima calidad de vida, como garantía fundamental de la indemnidad de la vida, honra y bienes de los ciudadanos integrantes de un Estado Social de Derecho.

SEGURIDAD SOCIAL

En el artículo de la Carta Magna se define la seguridad social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley".

DERECHO A LA VIDA

Este se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 11 y el que a su letra reza "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte".

Así mismo en Sentencia C-327 de 2016 se indicó que "Los precedentes constitucionales establecen que la vida, como valor, tiene una protección proporcional frente al alcance y contenido de los derechos sexuales y

⁵ Sentencia T-999/08 Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

reproductivos, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de las mujeres. También, es importante advertir que en principio el valor de la vida y el ejercicio de estos derechos no se encuentra en colisión salvo cuando se trata del ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, en estos casos, la Corte ha señalado con precisión que el derecho a la vida, en la medida en que está en cabeza de una persona humana, merece una protección reforzada que, sin ser absoluta, permita que se superen los obstáculos que impiden una protección efectiva, real e integral de otros derechos. De la misma manera, permite concluir que el derecho a la vida no es absoluto y también admite ponderación cuando se encuentra en conflicto con otros derechos o valores como en el caso del derecho a morir dignamente. Lo anterior, no implica una violación del deber de protección del valor de la vida o del derecho a la vida, sino que reconoce que éstos se encuentran sujetos a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

CASO EN CONCRETO

El problema jurídico para resolver en el presente fallo es si con el actuar por parte de **SANITAS EPS.**, se vulneraron los derechos fundamentales invocados de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, al no proceder con la autorización y asignación de un cuidador y/o enfermero(a), y el transporte para asistir a citas y exámenes médicos como tratamiento a la enfermedad "***Tumor maligno del cerebro***", que le fuere diagnosticado al accionante.

Conforme con todo lo precedente una vez realizado por el Juzgado una valoración detallada del material probatorio allegado a la actuación por parte de **GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ** en calidad de agente oficiosa de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, y de la respuesta brindada por la entidad accionada, se encuentra que no se puede concluir de manera diferente que en el presente caso no existe vulneración o amenaza alguna de los derechos fundamentales de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ** por parte de **SANITAS EPS**, pues se debe tener en cuenta que a la fecha en que se presentó esta acción constitucional, en efecto no existe ninguna orden médica pendiente de autorizar y efectivizar.

Sea oportuno señalarle a **GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ** en calidad de agente oficiosa de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, que conforme con lo expresado

en la Sentencia T-345 de 2013, cuando exista conflicto entre lo pretendido por el paciente y lo dispuesto por el médico tratante, prima el concepto del profesional de salud, pues es éste 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"*.

Bajo tal apreciación es necesario señalar que, en sentencia T-260 de 2020, la Corte Constitucional ha indicado que *"El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador."*⁶ En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

En cuanto al servicio de auxiliar de enfermería, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud;⁷ (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,⁸ como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; y (iii) este servicio se encuentra incluido en

⁶ Ejemplo de ello son, entre otras, las Sentencias T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. José Fernando Reyes Cuartas; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explicó las características de los cuidadores y el servicio de enfermería.

⁷ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁸ Por el cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Resolución vigente para la época de los hechos que actualmente fue modificada por la Resolución 3512 de 2019.

el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

Por lo anterior se aclara que la labor o función a desempeñar de un(a) enfermero(a), con diferencia a un cuidador, se centra en aquellos tratamientos que requieren un cierto nivel experticia y conocimientos debidamente acreditados dada la complejidad de los mismos, basados en un plan de manejo que es ordenado o planteado, de acuerdo al diagnóstico realizado por parte del médico tratante con base en la enfermedad diagnosticada, contrario a la labor de carácter social, como apoyo a las actividades básicas diarias que requiere alguien quien por su condición, se vuelve dependiente de un tercero.

Ahora bien, conforme a lo expuesto por GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ en el escrito tutelar, puede establecerse que las labores de enfermería conforme al cuidado paliativo ambulatorio que requiere JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ, se está dando a cabal cumplimiento pues esta afirma que los médicos generales, trabajadores sociales, enfermeros(as) y psicólogos(as), están asistiendo a su domicilio para brindar la atención requerida y sin que medie prescripción médica que ordene la asistencia de un enfermero(a), y su justificación, no resulta procedente dicha solicitud por parte de la agente oficiosa del accionante.

Ante este panorama, la jurisprudencia de la Corte en sentencia T-015 de 2021, expone que en lo que respecta a la labor del cuidador ha establecido que: "(...)i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.⁹ ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.¹⁰ iii) **Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares**

⁹ Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 "Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones."

del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante¹¹(...).

(...)

"Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.¹²

En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.

Ahora bien, es necesario aclarar, que, en lo expuesto en este trámite tutelar por parte de GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ en calidad de agente oficioso de JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ, no indicó y mucho menos probó como está conformado su núcleo familiar dado que es necesario tener certeza de su conformación ya que otra persona de este núcleo así como

¹¹ Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹² Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

la misma agente oficiosa, puede suplir o relevar a la persona que actualmente está cumpliendo con la labor de cuidadora, siendo una labor o deber que recae en la familia como la primera línea de respuesta solidaria ante este tipo de necesidades o situaciones de cuidado como se estableció con anterioridad, que no solo debe ser asumido sobre un solo miembro de la familia, tampoco se probó la dificultad de los miembros de su familia indicados, como lo son la agente oficiosa o la madre de estos, para cubrir los gastos de una persona que pueda prestar los servicios de cuidador, dado que solo se enunció el problema de no tener para dicho gasto sin explicar o detallar la afectación a su mínimo vital de ella o su núcleo familiar, o que carezcan de los ingresos o recursos económicos necesarios para contratar este servicio o de que solo puedan cubrir sus necesidades básicas.

De igual manera, se evidencia que en lo obrante en el libelo y material probatorio aportado, se tiene que la asistencia requerida tanto de cuidador y/o enfermero(a), como de transporte, no fue prescrito u ordenando de manera taxativa por parte de los médicos tratantes teniendo solo una mera recomendación para ser considerada, dada la solicitud de su familiar que presta los servicios de cuidado, con motivo a la alta dependencia de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, la cual no abarca de manera efectiva y completa lo que se puede determinar como una orden o prescripción médica que cumpla con las las formalidades requeridas, por medio de la cual **SANITAS EPS.**, pueda proceder con su respectivo y cabal cumplimiento dado el plan de manejo o tratamiento dispuesto para la enfermedad que lo agobia, de acuerdo al diagnostico y justificación expuesta por el galeno tratante.

Conforme con lo anterior es importante señalarle a **GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ** en calidad de agente oficiosa de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, que si bien es cierto en el tema de tutela existe un informalismo para invocar la misma, no menos cierto es que se debe allegar un mínimo de pruebas para demostrar cómo se configura la trasgresión que se alega y pretende proteger, pues la carga probatoria está en cabeza de quien pretende probar su manifestación y véase como en este asunto, no se allegó la orden o prescripción médica en la cual se requiere, no que se considere o recomiende la asignación de un cuidador y/o enfermero(a),

y la entidad accionada no aceptó dicha manifestación, indicando la carencia de dichas órdenes para proceder a autorizar, por lo que al no existir prueba alguna de ésta, no resulta procedente tutelar dicho derecho, haciéndose necesario negar la pretensión. Es pertinente recordar que, del archivo entregado a la plataforma de presentación de acciones constitucionales, se extrae que solo se allegó un archivo contentivo de dos (02) documentos correspondientes al libelo de tutela.

De acuerdo con lo anterior en sentencia T-571 de 2015, la Corte Constitucional señaló que *"Si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: "el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso".*¹³

*En igual sentido, ha manifestado que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario."*¹⁴ Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional".

Si bien es cierto no se cuenta con requisitos de forma para instaurar la presente acción, es necesario tener los mínimos elementos probatorios que den cuenta de los hechos y afirmaciones que se enuncian en el escrito tutelar para así dar prueba fehaciente de la vulneración del derecho fundamental sobre el cual se quiere su respectivo amparo.

Frente a la situación planteada anteriormente, se le debe resaltar a **GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ** en calidad de agente oficiosa de **JHON ALEJANDRO**

¹³ Entre otras, ver al respecto las sentencias T-760 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo), T-819 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-846 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

¹⁴ Sentencia T-702 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

SOTO BOGOTÁ, que, en lo pertinente a la carga de la prueba, y dado que el accionante no indicó y mucho menos probó cómo se configuraba la presunta vulneración del derecho fundamental enunciado, pues solo se limitó a invocarlo para que se ampare, se tiene lo planteado en la sentencia T - 997 de 2005, en el cual en uno de sus apartes se señaló que:

"La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha trasladada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder".

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007, se hizo referencia al principio "***onus probandi incumbit actori***" que rige en esta materia, y según el cual, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho.

Pese a lo anterior, se le **INSTA** a **SANITAS EPS.**, para que cuando se ordene algún tipo de prescripción por parte de los médicos tratantes de **JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ**, no se demore la autorización y práctica de la misma, pues se requieren no solo para continuar con su tratamiento sino para brindarle una mejor calidad de vida, atendiendo su actual y precaria situación médica.

Contra esta sentencia procede la impugnación conforme lo establece el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la correspondiente notificación.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SESENTA (60) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

P R I M E R O: NEGAR la pretensión elevada y por ende no tutelar el derecho fundamental de petición invocado por GINA PAOLA SOTO BOGOTÁ en calidad de agente oficiosa de JHON ALEJANDRO SOTO BOGOTÁ, en contra de SANITAS EPS., conforme a las razones expuestas en el cuerpo de esta decisión.

S E G U N D O: CONTRA esta sentencia procede la impugnación conforme lo establece el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la correspondiente notificación.

T E R C E R O: ORDENAR que en caso de no ser impugnado este fallo dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, se remita a la Corte Constitucional para su revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE ENRIQUE PEÑA BOADA
Juez