



JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE CERETÉ

Cerete – Córdoba, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Accionante	FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS HERNANDEZ EN REPRESENTACIÓN DE SU COMPAÑERA PERMANENTE AYDA ROSA DORIA PUENTES
Accionado	MUTUAL SER E.P.S.
Radicado	No. 23 – 162 – 40 – 89 – 001 – 2021 - 00209
Instancia	Primera
Tema	A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA, A LA VIDA, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MÍNIMO VITAL
Decisión	Concede tutela a favor de la parte accionante

1. ASUNTO

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté, en primera instancia, procede a decidir sobre la Acción de Tutela interpuesta por la parte accionante FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS HERNANDEZ EN REPRESENTACIÓN DE SU COMPAÑERA PERMANENTE AYDA ROSA DORIA PUENTES, contra MUTUAL SER E.P.S.

2. ANTECEDENTES

La parte accionante manifiesta que se le están vulnerando sus derechos fundamentales A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA, A LA VIDA, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MÍNIMO VITAL.

2.1. En cuanto a los hechos de la presente acción, esta Judicatura los sintetizan así:

La madre de la parte accionante se encuentra afiliada a la accionada, padece ALZHEIMER, INCONTINENCIA URINARIA Y POP DE GASTROROMÍA, alega que la parte accionada requiere de una CUIDADOS PALIATIVOS y atención de enfermería domiciliaria, expone que la misma le fue autorizada en el mes de enero pero para el mes de abril le fue retirada intempestivamente, aduciendo que la enfermera entrenó al accionante para cumplir con la responsabilidad de cuidador, expone que contradice lo ordenado en la historia clínica, la cual transcribe así:

“**ANALISIS:** SE REQUIERE ATENCIÓN POR ENFERMERÍA ACTUALMENTE CON REALIZACIÓN DE GASTROSTOMÍA AMERITANDO DICHA EDUCACIÓN Y SEGUIMIENTO LO MAS IMPORTANTE ES EL ACOUPLE QUE SE VERIFIQUE MEDICACIÓN Y ADEMÁS QUE SEA ESTRUCTA PARA PREVENIR COMPLICACIONES DE LA VÍA AEREA POR ELLO LA NECESIDAD DE ASPIRADOR PACIENTE POSTRADA” “**TRATAMIENTO:** CUIDADO POR ENFERMERÍA EDUCACIÓN PARA USO DE GASTROSTOMÍA Y ALIMENTACIÓN USO DE ASPIRADOR JERINGAS POR 60 PUNTA CATETER 1 CADA 3 DÍAS BOLSAS DE NUTRICIÓN 1500 CC” “**EL ESPECIALISTA MANFIESTA MI AGENCIADA NECESITA UN CUIDADOR**”

Expone el accionante que tiene 77 años que padece morbilidades propias de su edad y no siente en condiciones de prestar este servicio; dicho servicio lo debe prestar un trabajador de la salud o una persona más joven y capacitada, expone que la paciente y el accionante dependen económicamente de su hija, quien trabaja para cubrir sus necesidades básicas y se le hace imposible que se haga cargo de su cuidado durante el día y tanto el accionante como el paciente no reciben pensión o ingresos por otros conceptos para pagar una auxiliar de enfermería sus recursos propios.

Derechos vulnerados y/o amenazados.

Alega la parte accionante que le están siendo vulnerados sus derechos fundamentales A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA, A LA VIDA, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MÍNIMO VITAL.

2.2.1. Las pretensiones.

Con fundamento en los hechos relacionados, solicitó al Despacho, lo siguiente:

- Que se protejan los derechos fundamentales invocados.
- Que se ordene a la accionada a que preste el tratamiento integral de todo lo que ordene el medico tratante y se ordene la prestación del servicio de enfermería por 24 horas.

3. SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

ACCIONANTE: El señor **FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS HERNANDEZ** con la cedula de ciudadanía 6.587.680 en representación de su compañera permanente **AYDA ROSA DORIA PUENTES** con la cedula de ciudadanía 50.847.672.

ACCIONADO: MUTUAL SER E.P.S. actuando a través de su representante legal o quien haga sus veces.

4. PRUEBAS

1. Copia de historia clínica.
2. Copia de documento de identificación de paciente.
3. Copia de ordenes médicas.
4. Copia de recibo de servicio público.

5. COMPETENCIA

De conformidad con la Constitución Política Colombiana, los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y los artículos 2.2.3.1.2.1 hasta 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015; la fijación de las reglas de competencias de que hablan los Autos 124 de 2009 y 027 de 2011 emanados de la Corte Constitucional, este Juzgado es competente para decidir en primera instancia sobre la Acción de Tutela interpuesta.

6. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Una vez admitida la presenta acción mediante auto de fecha 11 de enero de 2021, se procedió, con el fin de cumplir con el trámite establecido en el Decreto 2591 de 1991, mediante oficio No.

T0198 de la misma fecha, se solicitó a MUTUAL SER E.P.S., un informe detallado y preciso sobre los hechos narrados por la accionante, concediéndole dos (2) días para tales efectos.

La parte accionada no presentó dentro del término el informe requerido por lo que de conformidad con el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, se tendrán por ciertos los hechos de la acción.

7. PROBLEMA JURÍDICO

¿MUTUAL SER E.P.S., ha vulnerado el derecho fundamental a la A LA SALUD, A LA VIDA DIGNA, A LA VIDA, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MÍNIMO VITAL, de la parte accionante al no prestar el servicio de **CUIDADOS PALIATIVOS Y SERVICIO DE ENFERMERÍA DE 24 HORAS**, así como la entrega de los medicamentos e instrumentos PBS y NO PBS que se determinen y que se ordene el cubrimiento de los gastos de transporte, estadía y alimentación para la paciente y un acompañante, requerido y el tratamiento integral al paciente por su patología **ALZHEIMER, INCONTINENCIA URINARIA Y POP DE GASTROROMÍA** que requiere?

8. TESIS

La tesis que sostendrá el Despacho es: Que MUTUAL SER E.P.S., NO ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, al no brindarle los servicios de **CUIDADOS PALIATIVOS Y SERVICIO DE ENFERMERÍA DE 24 HORAS**, requerido por su patología **ALZHEIMER, INCONTINENCIA URINARIA Y POP DE GASTROROMÍA**.

9. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política, al instruir la Acción de Tutela para que pudiera reclamarse ante los Jueces la defensa de los Derechos Fundamentales impone como condición de procedibilidad de este instituto que en efecto no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para tener la protección del derecho, salvo en el caso que se pida la medida transitoria para evitar que se cause un perjuicio irremediable (principio de subsidiariedad y residualidad) y que igualmente la acción de tutela sea presentada o invocada en forma pronta y oportuna desde que ocurre la lesión al derecho fundamental violado, pues es este el objeto de la presente acción constitucional, tiene el fin de proteger a los sujetos de derecho en forma rápida de las violaciones que sufran a sus derechos fundamentales (principio de inmediatez).

El Decreto 2591 de 1991, establece en su artículo primero que toda persona tendrá derecho a formular Acción de Tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y en todo lugar mediante procedimiento preferente y sumario por sí o por quien actúe en su nombre la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en el caso que señala el mencionado Decreto.

Es así, como la parte accionante FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS HERNANDEZ EN REPRESENTACIÓN DE SU COMPAÑERA PERMANENTE AYDA ROSA DORIA PUENTES, ha presentado en este despacho judicial, acción de tutela, con el objeto de lograr garantizar el derecho fundamental que presuntamente se le están amenazando y vulnerando, por parte de la E.P.S. accionada.

Podemos destacar que la sentencia T - 034 de 2012, la cual estudia en un caso similar el deber de la E.P.S. – S. de prestar el servicio que requiere la paciente, inclusive en los casos en donde no se encuentra cubierto por el POS, de dicha sentencia se puede extraer que el reconocimiento del tratamiento excluido del plan cuya falta en la prestación derive en la vulneración de los

derechos constitucionales la paciente, puede corresponder a las A.R.S, con derecho a recobro, o a las entidades territoriales". Si una persona necesitaba un servicio excluido del plan, pero carece de económica para asumir su costo, la entidad prestadora está obligada a autorizar el servicio médico requerido, teniendo derecho al reintegro por parte del Estado del costo derivado del servicio no cubierto por el Plan obligatorio. Cabe concluir entonces, que los tratamientos excluidos del POS-S, deben ser asumidos por la respectiva EPS-S cuando éstos revisten especial urgencia, y por las entidades territoriales a través de su red pública, en los casos en que los procedimientos no ostentan tal calidad. (Negrita y subraya fuera del texto).

De este modo, es preciso exaltar conforme a las anteriores reglas y consideraciones que la E.P.S. accionada tiene el deber de cubrir la prestación del servicio de salud y está facultada para recobrar ya sea al FOSYGA o al ente territorial, de este modo el Despacho no puede absolver a la accionada incluso cuando el servicio sea no perteneciente al POS –S pero que sea necesario para asegurar la vida y salud la paciente cuando revistan de especial urgencia, es decir, la fuerza mayor o la carencia de recursos por asuntos de trámite y burocráticos no son causal de exoneración de la E.P.S. de prestar el servicio médico, pues la misma está facultada para realizar los recobros respectivos.

Conforme a los hechos expuestos por la accionante en la demanda de tutela y las pruebas que este allega, observa esta judicatura que la entidad accionada ha prestado los servicios de salud requeridos, más sin embargo, en cuanto a atención integral, la accionada si ha vulnerado los derechos del representado de la accionante, pues la misma alega y se prueba en el proceso que la accionada carece de recursos para sufragar los gastos que se generen desplazarse al lugar de destino del procedimiento médico.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-195/10, con ponencia del magistrado Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, señaló, con relación al derecho a la salud y a la Seguridad Social, lo siguiente: *"Derecho a que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud que se requieran, con calidad, eficacia y oportunidad. Todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios que requieran, es decir, aquellos indispensables para conservar la salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o la dignidad. En ese sentido, las empresas prestadoras de salud (del régimen contributivo y subsidiado), están en el deber de garantizar dicha prerrogativa sin importar si los servicios requeridos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por consiguiente, "si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio."*

Ahora bien, este derecho que tienen los usuarios del sistema de seguridad social en salud, implica que el acceso al servicio se realice de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La Corte Constitucional ha distinguido entre la relación a la salud como un servicio público capaz de generar obligaciones de carácter prestacional y la salud como un derecho fundamental, y es en ese punto coyuntural de tales pronunciamientos, que el legislador mediante la ley estatutaria 1751 de 2015, que viene a regular y a garantizar el derecho a la salud como un derecho fundamental intrínseco e independiente para los colombianos.

El derecho a la salud que por su carácter de inherente a la existencia de todo ser humano, se encuentra protegido por nuestro ordenamiento, especialmente cuando concurre en temas en conjunto al derecho a la seguridad social, en aras de una igualdad real y efectiva en la persona de los afiliados y beneficiarios a EPS. La salud y la seguridad social buscan en forma primordial,

el aseguramiento a la vida, así también es reconocido por los Pactos y Convenios Internacionales y recogido dentro del marco del nuevo concepto del estado Social de Derecho.

Es por ello que la seguridad social se convierte en el instrumento Principal en la búsqueda de condiciones de vida dignas y consecuentemente evitar riesgos, no únicamente a los trabajadores afiliados y beneficiarios de la seguridad social, sino en una forma extensiva a toda la comunidad, al considerarse como un derecho irrenunciable de las personas, de igual forma, se tiene como un servicio público de carácter obligatorio prestado por el Estado bajo los principios de Eficiencia, Universabilidad y Solidaridad a que también hace referencia la ley estatutaria.

No puede haber ninguna consideración de orden legal o reglamentaria que se imponga a esa situación; no es aceptable que, en su Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y en la conservación del valor de la vida, se antepongan intereses económicos, en casos de urgencia o gravedad comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio como el que aclama la actora.

En Relación con el alcance de la vida en condiciones de dignidad ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia T-099/1999 lo siguiente: *“El concepto de vida, supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu. El ser humano, necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que la paciente tiene derecho, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad”*

Es así como esta Judicatura seguirá los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional, por lo tanto, tutelaré los derechos fundamentales de la accionante.

Otra referencia jurisprudencial, corresponde a la SENTENCIA T-206/13: “DERECHO A LA SALUD-FLEXIBILIZACIÓN DEL JUICIO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO SE TRATA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL *“Este tribunal ha advertido que el juicio de procedibilidad del amparo debe ser menos estricto cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. Precisamente, ha señalado que “existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”. Así las cosas, el fallador debe valorar las condiciones específicas del beneficiario del amparo, por cuanto la presencia de sujetos de especial protección constitucional como los niños y niñas, las personas que padecen alguna discapacidad, las mujeres embarazadas y los adultos mayores, entre otros, flexibiliza el examen general de procedibilidad de la acción, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional: FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento*

al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad. “

AL RESPECTO LA HONORABLE CORTE HA DICHO EN SENT. T-962/05, LO SIGUIENTE: “Lo primero que debe mencionarse al respecto es que es obligación de las entidades administradoras del sistema de salud - EPS o ARS – no someter a sus usuarios a trámites internos y burocráticos, y evitar en la medida de sus posibilidades cualquier traumatismo que interfiera en el normal desarrollo de sus tratamientos médicos, lo que incluye la obligación prestar los servicios en los lugares de residencia de sus usuarios, y de no ser ello posible, hacerlo en lugares cercanos. Para sustraerse de estas obligaciones, las EPS y ARS no puede aducir argumentos de tipo presupuestal, pues como de manera reiterada ha sostenido esta Corporación, la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la vida no puede dar espera, ni es justo someter a los usuarios a dilaciones que no les son imputables.

Es procedente para efectos de tomar una decisión, hacer referencia a las siguientes sentencias de la Honorable Corte Constitucional: Los derechos fundamentales reclamados por el tutelante, así como otros que se comprometen, hacen parte de la lista cuyo amparo es factible decretar a través de tutela, ya que se ubican en la Carta en los artículos 11, 48 y 49, vale decir, donde se reseñan los derechos a la Vida, a la seguridad social y a la salud, en su orden. Derechos que no solo implican el mantenimiento de la persona con vida, sino que también comprenden un estado corporal de cero riesgo y sufrimiento, para que así su titular pueda ejercer normalmente sus funciones personales, familiares y en sociedad, a fin de que ese desarrollo se compadezca con el principio de dignidad humana, igualmente de rango constitucional artículo 1º.

La Corte Constitucional mediante sentencia T – 389 de 2012, reiteró la regla sobre el deber que tienen las E.P.S.s de autorizar a sus usuarios el transporte a las ciudades diferentes a su sede habitual donde recibirán el servicio médico, y el de hospedar por el tiempo necesario, con un acompañante si no pueden valerse por sí mismos, esto se hace en atención al **principio de solidaridad** que reza en el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, la Corte estimó que: *“es necesario el transporte puesto que si bien no es un servicio médico, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica”*

La Corte Constitucional, en la sentencia de tutela No. 148 de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. NILSON PINILLA PINILLA, señaló, con relación al derecho a la salud y a la Seguridad Social, lo siguiente: *“(…) la seguridad social está consagrada en el artículo 48 de la Constitución, en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales, concebida en lo atinente a la salud como un mandato propio del Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.”*

De igual forma, en sentencia T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto se señaló: *“... la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de Derecho no todas las personas gozan de las*

mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)."

En el mismo sentido, en sentencia T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se indicó que *"la seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. "Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización la paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad"*

De este modo, no puede descartar que, para la entidad de salud accionada, que tiene un deber imprescindible en realizar un tratamiento preferencial pues el estado de desigualdad material y jurídica en el que se encuentra la paciente, quien es persona con discapacidad, no puede ser asimilado con el de una persona que no adolezca el estado la paciente, e, en donde la accionada debe demostrar si los está protegiendo o no.

- EN CUANTO A SERVICIO DE ENFERMERÍA DE VEINTICUATRO HORAS DIARIAS

La parte accionada solicita que se autorice el servicio de enfermería de tiempo completo en el domicilio de la accionante, ahora bien, de entrada, es de resaltar que esta petición, bajo la lógica de las Subreglas expuestas por en la sentencia T – 226 de 2015, la cual hace referencia a la atención domiciliaria, exalta lo siguiente:

"Este servicio se encuentra regulado en la Resolución 5521 de 2013, por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). Al respecto, se define como la atención que consiste en una "modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria 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."

*De forma puntual, en el artículo 29, la misma resolución establece **que esta atención está cubierta por el sistema, cuando el médico tratante así lo ordena para asuntos directamente relacionados con la salud la paciente. Por el contrario, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos. Textualmente, el artículo en cita dispone que:***

(...)

3.4.2. Por lo demás, obsérvese como la norma en cita es clara en señalar que tal servicio debe ser prescrito por el médico tratante, pues dicho profesional es el que conoce de primera mano el estado de salud y los padecimientos del usuario y, por supuesto, es quien

cuenta con los conocimientos técnicos para determinar la necesidad de la prestación del mencionado servicio. Por ello, **se ha considerado que el juez de tutela no puede abrogarse la facultad de establecer la procedencia de este requerimiento, básicamente al entender que en una materia como la expuesta, el criterio predominante de sujeción se encuentra en el respeto a la lex artis.**

En este orden de ideas, los cuidados básicos de una persona que depende de otros para ejecutar sus labores diarias, ya sea por su avanzada o corta edad, o por las enfermedades que la aquejan, pueden ser prestados por una persona sin conocimientos especializados en el ámbito de la salud, entre otras, en la satisfacción de necesidades básicas como comer, vestirse, ir al baño, etc. Por lo general, se ha entendido que este apoyo puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador que no necesariamente debe ser un profesional de la salud. Es allí cuando en virtud del principio de solidaridad, como ya se dijo, la familia cumple un papel esencial en el cuidado de estas personas, así como en la prevención de enfermedades y en la paliación de los sufrimientos que éstas puedan llegar a padecer.

3.4.3. En síntesis, las EPS no están en la obligación de prestar la atención domiciliaria, cuando se presentan las siguientes circunstancias:

“(i) Que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas; (ii) Que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y; (iii) Que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

Aunado a lo anterior, la sentencia T 065 de 2018, reconoce que de 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 más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46), pero esto no obliga a dicho núcleo familiar, 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. De este modo prevé eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad la paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado, entendiendo por imposibilidad material que (i) no cuente con la capacidad física de prestar las atenciones, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados la paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio; por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales, es posible que el juez, pese a no ser un servicio 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 la regla que

establece la corte, corresponde en que si un paciente requiere atención domiciliaria, (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una 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 la 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.

De este modo, en este punto no se cumplen las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional antes citadas, por lo que esta Judicatura no encuentra dentro de las pruebas, elementos que evidencien la necesidad de ordenar la prestación de los servicios del servicio de enfermería en casa, como quiera que la orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente estableció un periodo de acompañamiento de enfermería en casa mientras se realizaba un proceso de educación al cuidador conforme se observa en el archivo 5 en el folio 1 de la parte 03 de la acción de tutela en el expediente digital, lo cual de acuerdo a lo declarado en los hechos culminó en el mes de abril, por lo anterior, le está vedado al juez constitucional arrogarse la función pues en este asunto en específico excede la competencia y experticia, además que tampoco se probó con documentos clínicos la condición de salud del compañero permanente de la parte accionante para poder determinar la necesidad del servicio en atención a dicha condición, en consecuencia no se concederá las pretensiones del servicio de enfermería en casa ni de cuidados paliativos, de acuerdo a las ordenado por el médico tratante.

10. DECISIÓN

Por lo brevemente expuesto, este despacho decide NO conceder la protección de los derechos fundamentales incoados por la parte accionante.

En razón y mérito de lo expuesto el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cereté (Córdoba), administrando Justicia en nombre de la República y por autorización de la Constitución Política de Colombia.

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales esgrimidos por la parte accionante FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS HERNANDEZ EN REPRESENTACIÓN DE SU COMPAÑERA PERMANENTE AYDA ROSA DORIA PUENTES, por lo expuesto en precedencia.

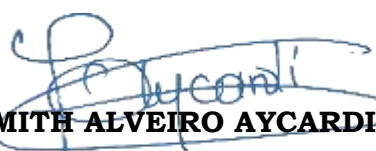
SEGUNDO: DENEGAR la solicitud de prestación de cuidados paliativos y enfermería en casa por 24 horas.

CUARTO: En caso de no ser impugnado este fallo remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión

SEXTO: Remitir por Secretaria las comunicaciones a que haya lugar por el pronunciamiento anterior. Elaborar los oficios y telegramas de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EL JUEZ,


YAMITH ALVEIRO AYCARDI GALEANO