

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO
PALMIRA – VALLE

SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA N° 069.-

Palmira, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Proferir sentencia de primera instancia en este trámite de tutela iniciado por la señora **MARÍA NORALBA TORO PINEDA**, identificada con la cédula de ciudadanía 31.176.113 expedida en Palmira, Valle, dirección de notificaciones calle 18 # 28ª-65 Apto. 101 de esta ciudad, número telefónico 3185647393, correo electrónico georgec7@hotmail.com, en calidad de agente oficiosa **CARLOS ARTURO GIRALDO MARTÍNEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 17.140.190, contra de la **NUEVA EPS S.A.**, por considerar vulnerados el derecho fundamental a la **SALUD** de su compañero permanente.

2. ANTECEDENTES

Sostiene la accionante que su compañero permanente Carlos Arturo Giraldo Martínez, afiliado al sistema de salud ante la EPS NUEVA EPS, en calidad de cotizante, sufrió un Accidente Cerebro Vascular, tal como lo describe la historia clínica; se encuentra postrado en cama, sin poder desplazarse de un lugar a otro, dependiendo de terceros para realizar sus actividades.

Mediante ordenes, el médico tratante dispuso el suministro de insumos tales como pañitos húmedos, crema lubriderm®, crema almipro®, guantes de látex y pañales, aunque la NUEVA EPS le hace entrega de los mismo, no ha sido de forma oportuna. Por otra parte, dice, su compañero requiere de forma urgente terapias domiciliarias y un auxiliar de enfermería a domicilio, por lo que ha solicitado en varias ocasiones a la EPS su suministro, siendo infructuosa tales peticiones, ya que la entidad se niega.

Conforme al principio de solidaridad con las personas de la tercera edad, solicita se ordene el suministro de servicio de enfermería ya que su compañero permanente se

encuentra en una situación de debilidad manifiesta, debido a la enfermedad que padece. Así, se tutelen sus derechos fundamentales y se disponga, además, la entrega de los insumos mencionados con anterioridad.

Para sustentar lo expuesto, aporta como prueba copia de los siguientes documentos: historia clínica de junio de 2020, formulas medicas de junio y julio de 2020, también otras fórmulas médicas ilegibles. Posteriormente se allegó copia de la historia clínica y órdenes médicas emitidas en visita del 08 de noviembre de 2020.

3. DE TRÁMITE

Mediante Auto Interlocutorio de Tutela de Primera Instancia N° 164 del 05 de noviembre de 2020, este Despacho asumió el conocimiento de la solicitud de tutela presentada por la señora MARÍA NORALBA TORO PINEDA en favor de su compañero permanente CARLOS ARTURO GIRALDO MARTÍNEZ. Se ordenó, entonces, la notificación del ente accionado NUEVA EPS, ordenando correr el respectivo traslado, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción; también se decretaron las pruebas pertinentes, en aras de esclarecer los hechos de la acción constitucional.

3.1 RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

El abogado de la **NUEVA EPS S.A.** precisa en primera instancia que el manejo médico de un paciente, ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención, lo define el equipo médico tratante y en ningún momento se le ha dado dicha potestad a los familiares, al propio usuario o a los jueces de tutela. Siendo un requisito jurisprudencial y legal la orden médica como único soporte que permite verificar el estado de salud del paciente. Se transcribe jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el tema, para resaltar que al conceder pretensiones que carecen de sustento médico, se estaría atentando de manera directa en contra del ejercicio de la medicina.

En cuanto a la solicitud de cuidador, aclara, la accionante no puede delegar en el Estado la obligación que le asiste con su familiar, dado que el paciente no requiere servicios de enfermería; lo que necesita es que su núcleo primario se apropie de los quebrantos en salud que actualmente padece, situación que es responsabilidad exclusiva de los familiares del paciente. Respecto al principio de solidaridad, este es definido por el legislador como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil, garantizándose el acceso y sostenibilidad a los servicios de SSSS entre personas; por otra parte, el principio de la corresponsabilidad, en el que toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, haciendo

uso racional y adecuado de los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud.

Ante este caso particular, solicita se aplique tanto el principio de SOLIDARIDAD como el de CORRESPONSABILIDAD que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estamos frente el caso de un paciente adulto mayor quien requiere del apoyo de terceros para la realización de sus actividades cotidianas tales como: baño, cambio de ropa, soporte en la alimentación, y acompañamiento: ES LA FAMILIA EL NUCLEO PRIMARIO DE ATENCION llamado a suministrarle este tipo de apoyo. Se habla jurisprudencialmente sobre el tema.

Por otra parte la solicitud del ELEMENTO DE ASEO DENOMINADO PAÑALES DESECHABLES, PAÑITOS HUMEDOS, resalta, en ningún momento corresponde a un tratamiento, medicamento o terapia, ni se encuentra clasificado como una tecnología en salud, sino como un producto de aseo e higiene personal, por lo que no puede ser autorizado ni por NUEVA E.P.S. ni por el Comité Técnico Científico, reiteramos por su importancia los pañales desechables está diseñado para el aseo personal, más no es un tratamiento, su finalidad no es conllevar al paciente a una recuperación o estabilización de sus funciones fisiológicas, sino que este elemento es simplemente un insumo de aseo, que tiene como finalidad dar un estado salubre, el cual se puede obtener mediante otros medios y no necesariamente suministrándolos por parte de la EPS. El elemento de aseo denominado pañal desechable adulto, no es vital para el usuario, científicamente se ha demostrado que su uso no incide en el estado de salud y que la única función que cumple, es la de recoger los desechos corporales. Se trata pues de insumos que deben ser cubiertos por la red de apoyo familiar, ya que es ésta la encargada de garantizar las condiciones mínimas de aseo de la paciente, asegurando su cuidado personal.

Finalmente respecto del suministro de tratamiento integral, dice, vulnera el debido proceso de la entidad, pues no está comprobado que ésta haya vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, por lo que se estaría prejuzgando por hechos que aún no han ocurrido.

Se solicita el suministro de tratamiento integral, es decir, todos aquellos servicios que con posterioridad sean ordenados por los médicos tratantes al titular de la presente acción, cobertura que se pide sin distinción POS o por fuera de ella. Sin embargo, tal y como se ha demostrado, Nueva EPS no ha negado ningún servicio médico prescrito y requerido por el accionante, además el tratamiento integral que solicita el accionante, actualmente NO cuenta con orden medica vigente, además es un procedimiento que está supeditado a FUTUROS requerimientos y pertinencia médica por nuestra red de prestadores, siendo estos sujetos a futuro. Por lo que esta solicitud no podrá ser llamada a prosperar.

En atención a lo anterior, solicita se niegue por improcedente la acción de tutela, así como el suministro de pañales desechables y cuidador domiciliario. En caso

contrario, se ordene el recobro ante el ADRES de los valores por concepto del cumplimiento del fallo de tutela.

4 CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Procede el Despacho a determinar si la NUEVA EPS S.A. ha desconocido los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del señor ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN al no brindarle una atención en salud eficiente, oportuna y de calidad, proporcionándole todo lo que se requiere y es ordenado por su médico para el tratamiento de su patología HTA y SECUELAS DE ACV, tales como atención domiciliaria, terapias domiciliarias, medicamentos, insumos, entre otros. También se estudiará la procedencia del *cuidador domiciliario*, tratamiento integral en salud y recobros.

4.2 DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

4.2.1 Del derecho a la salud. El derecho a la salud fue contemplado por el Constituyente en el capítulo II, del Título II, de la Carta Política, bajo la denominación de derechos sociales, económicos y culturales, como un servicio público. Es un derecho que no está previsto como de aplicación inmediata (Art. 85 C. P.) por cuanto, se trata de una prerrogativa de contenido prestacional, constituyendo “*un cometido programático de carácter social a cargo del Estado y de los asociados*”¹, que ha sido objeto de regulación por parte del legislador (Ley 100 de 1993) y frente al cual se debe garantizar los recursos económicos suficientes para abarcar a la totalidad de la población a efectos de lograr el cometido de la universalidad. Sin embargo, este derecho a la salud, a través de la constante evolución de la jurisprudencia constitucional, ha adquirido un carácter de fundamental, esto es, que para su protección no es requisito sine qua non el que se encuentre ligado o conexo a otro derecho fundamental como lo sería la vida. Ello, por cuanto la Honorable Corte Constitucional ha aclarado, que la condición de fundamental se predica respecto a los derechos de carácter inalienable al ser humano y que son inherentes a su naturaleza tales como la vida, la libertad, la igualdad entre otros, lo cual, por supuesto se advierte del derecho a la salud².

En efecto, a través de la **Ley 1751 de 2015** - *por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*- se han establecido unos elementos esenciales que nutren y guían la aplicación y reconocimiento de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 723 del 26 de noviembre de 1998. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

² Sobre la fundamentalidad del derecho a la salud consultar la Sentencia C- 463 del 2008. MP. Jaime Araujo Rentarías y la Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

este derecho fundamental³, tales como⁴ la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En efecto, sobre estos, la Corte Constitucional se ha referido a cada uno de ellos así⁵: “... Más allá de que cada uno de estos elementos identifica aspectos esenciales del derecho y que constituyen la fuente de las obligaciones del Estado y de otros actores del sistema, no deben entenderse como parámetros independientes, pues de su interrelación depende la efectiva garantía del derecho a la salud. Específicamente, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que: (i) **la disponibilidad** implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; (ii) **la aceptabilidad** hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida. Por su parte, (iii) **la accesibilidad** corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información. Finalmente, (iv) **la calidad** se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios”.

Así mismo, la misma ley establece unos principios que se vinculan con la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo –Artículo 6, entre los que se encuentran los siguientes: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad. En efecto, uno de los principios más relevantes que incorpora la ley estatutaria en mención, es el **pro homine**, fundado en la dignidad humana. De acuerdo con este mandato, las normas han de ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura de que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de las personas. Así lo indicó la Corte Constitucional⁶: “En lo que respecta al derecho a la salud, este Tribunal ha dicho que el principio *pro homine* implica el deber de hacer una interpretación restrictiva de las exclusiones del sistema y, de contera, una exégesis amplia de aquello que ha de entenderse incluido en él. Puntualmente, en la precitada Sentencia C-313 de 2014, se expuso lo siguiente: “En relación con el derecho a la salud, el principio *pro homine* se concretaría en la siguiente fórmula: **‘la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. (...)**’. Esta fórmula, obviamente varía si el ordenamiento jurídico supone como punto de partida para

³ Sobre la fundamentalidad del derecho a la salud consultar la Sentencia C- 463 del 2008. MP. Jaime Araujo Rentería y la Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Artículo 6. Idem.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 2015.

⁶ Idem.

el goce efectivo del derecho la inclusión como regla y la exclusión de servicios como excepción". (Negrilla y subraya fuera de texto).

Así mismo, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la vida está compuesto por una serie de facultades fundamentales, inalienables a la persona. Indica que la vida no es tan sólo la existencia biológica, pues su derecho debe extenderse más allá de la escueta pervivencia, para que las personas subsistan decorosamente y les sea posible su desarrollo en sociedad. De esa forma, la Corte en múltiples ocasiones ha propendido por la protección de la vida en forma integral, buscando que la persona obtenga del sistema de seguridad social una solución satisfactoria a sus dolencias físicas y psicológicas, que afecten su normal desarrollo personal. Incluso, ha ordenado la realización de cirugías que, *prima facie*, podrían catalogarse como estéticas, pero conllevan una connotación funcional fundamental, en aras de garantizar la vida del paciente en condiciones dignas y sin compromiso de su salud física y síquica⁷.

Ahora bien, el 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. Así, en los eventos en los que un servicio médico que se requiera y haya sido reconocido por la entidad en cuestión pero su prestación no se garantizó oportunamente, se presenta una violación del derecho a la salud y el mismo debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional⁸. En ese sentido, cuando *"el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente."*⁹.

Con relación a los trámites y procedimientos administrativos, la Corte Constitucional ha entendido que los mismos son necesarios y razonables, siempre que no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, toda vez que de ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio. La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos¹⁰. Por último, la Corte Constitucional ha defendido insistentemente¹¹ el derecho que tiene toda persona a que se le garantice la continuidad del servicio de salud una vez éste haya sido iniciado, procurando que su prestación no sea interrumpida, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.

Por otra parte, la Honorable Corte Constitucional ha dicho en reiterada jurisprudencia, que frente a las personas que se encuentran dentro del grupo de especial protección, el Estado debe garantizar el goce real y efectivo de sus

⁷ T- 392 de mayo 28 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-085 de 2007.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-566 de 2004.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-122 de 2009.

derechos, esto es, brindar de manera eficaz políticas públicas y promover acciones que permitan la protección de los mismos, en especial cuando se estén vulnerando derechos tan esenciales como el de la salud, la vida y la dignidad humana. Así lo indicó¹²:

“La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional: adultos mayores.

La consagración del principio de igualdad, en el marco del Estado Social de Derecho en el artículo 13 de la Carta Política de 1991, se expresa bajo la fórmula: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”, se complementa así mismo, con una prohibición de discriminación al establecer que “todas las personas recibirán la misma protección y trato y gozaran de los mismos derechos, libertades, y oportunidades sin ninguna discriminación”, esto, se conoce como la prestación negativa del derecho a la igualdad a la que está obligado el Estado. Sin embargo, la Constitución con base en la cláusula del Estado Social de Derecho va más allá, puesto que se fija un deber Estatal de promover condiciones “para que la igualdad sea real y efectiva”, es decir, la obligación de disponer unas acciones concretas que todo el Estado debe cumplir, y que se pueden sintetizar en el deber de adopción de “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, en lo que se conoce como acciones afirmativas.

De igual manera, el principio constitucional presupone un mandato de especial de protección en favor de “aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”. Los mandatos de optimización de la igualdad terminan con un destinatario específico representado en las autoridades públicas, las cuales tienen la obligación de sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra las personas en condiciones de debilidad manifiesta.

Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47)[16]la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. “En consecuencia, las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante (...)”

4.2.2 El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Este principio ha sido definido por la Ley 100 de 1993¹³ de la siguiente manera: “*t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad*”. A su vez, la Corte ha venido

¹² Sentencia T-022 /11. M.P Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

¹³ El cual define los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS.

reiterando¹⁴ los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud – EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: *“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”*. Además, precisa, no solo corresponde a la necesidad de los usuarios de recibir los servicios de salud requeridos, sino que éstos no pueden ser suspendidos una vez se hayan iniciado. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad¹⁵. Al respecto, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son: *“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”*¹⁶.

Además, La jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*¹⁷.

¹⁴ Ver sentencia T-1198 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias T-164 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-505 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

¹⁵ Ver Sentencia T-214 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁶ Ver Sentencia T-170 de 2002 (Manuel José Cepeda Espinosa), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias C-800 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda), T-140 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-281 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-531 de 2012 (MP. Adriana María Guillén Arango), entre otras.

¹⁷ Ver sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

Más adelante, en Sentencia T-124-16, al resolver un caso similar al que hoy se plantea, sostuvo: “...el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos”.

4.2.3 Del principio de capacidad técnica en la relación médica. Regla de la lex artis o ley del arte.

En sentencia T- 263 de 2009, la Corte Constitucional dijo que al establecer si en realidad se comprometen los derechos a la salud y a la vida del paciente, la urgencia del servicio y la incapacidad de costearlo son los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para definir el carácter de necesidad de un servicio de salud. Sin embargo, siendo un asunto primordialmente técnico, es necesario fijar un criterio objetivo, y para ello el juez de tutela se debe remitir a la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente, esto es, tiene el conocimiento científico médico, y es quien atiende directamente al paciente, y por ello tiene el conocimiento específico del caso, - *lex artix* - en nombre de la entidad que presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona-(*Sentencias T-271 de 1995 y SU – 480 de 1997 M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU –819-1999 M. P. Álvaro Tafur Galvis*). De igual manera, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el del funcionario de la EPS, y debe ser tenido en cuenta prioritariamente por el juez. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante, la cual ha sido especificado por la Corte Constitucional así¹⁸:

“Respecto de las prestaciones de salud ordenadas por el médico tratante, entre las cuales se encuentran los medicamentos pero también los diagnósticos, exámenes, intervenciones, cirugías etc., o cualquier otro tipo de prestación en salud, siendo el médico tratante el profesional competente para indicar el tratamiento necesario para promover, proteger o recuperar la salud del paciente. Por tanto, una vez que el médico tratante ha determinado qué necesita un paciente, ese requerimiento se convierte respecto de ese ciudadano en particular en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud. Los servicios de salud de cualquier tipo y clase que deben prestar las EPS, entre ellas los medicamentos, son todas aquellas prestaciones en salud que el médico tratante, con un criterio científico

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2008.

objetivo ha determinado que necesita el paciente para recuperar su salud. Estas órdenes médicas se encuentran plenamente justificadas con base en criterios científicos, razón por la cual considera la Corte que las prestaciones en salud ordenadas por el médico tratante adquieren una fundamentabilidad concreta respecto del paciente en razón de la finalidad última de proteger el derecho fundamental a su salud”.

4.2.4. La procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales.

A lo largo de los años los Planes de Beneficios en Salud han establecido que la atención domiciliaria, como modalidad de prestación de servicios de salud, debe ser cubierta por las EPS siempre y cuando así sea prescrito por el médico tratante-tal como se plasmó, en su momento, en el artículo 8 y 29 de la Resolución 5521 de 2013-. El cuidador domiciliario es aquella persona que se encarga de las personas en situación de dependencia que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento. En la Sentencia T-154 de 2014, la Corte Constitucional indicó que los cuidadores poseen las siguientes características: “(i) *Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria¹⁹ de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado²⁰, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan”.* Por tanto, sus actividades no se encuentran estrictamente relacionadas a un servicio de salud, sino que le permiten al paciente dependiente llevar una mejor calidad de vida, facilita que en lo posible que tenga y disfrute de los espacios que goza la

¹⁹ «Las actividades de la vida diaria son aquellas actividades que realizamos diariamente o prácticamente a diario y que nos permiten el disfrute de una vida en condiciones de dignidad suficiente. // Incluyen la satisfacción de nuestras necesidades más básicas como la comida, el aseo y la comunicación con los demás y todo aquello que conforma el desenvolvimiento en el contexto que la persona habita”. Dentro de las actividades básicas de la vida diaria encontramos las siguientes: “vestirse, asearse, comer, uso del WC y control de esfínteres, desplazarse dentro del domicilio”. Y al interior de las actividades instrumentales las que a continuación se enuncian: “tomar la medicina, hablar por teléfono, desplazarse fuera del hogar y en medios de transporte, subir escalones, realizar actividades domésticas (limpiar, recoger, etc.), administrar el propio dinero, visitar al médico, realizar gestiones, comprar bienes necesarios y relacionarse con otras personas” (Gobierno de España., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., & Cruz Roja Española. SerCuidadora/SerCuidador. Guías de apoyo para personas cuidadoras. Recuperado el 06 de marzo de 2014, de <http://www.sercuidador.org/Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CRE/pdf/SerCuidadora-Guias-apoyo-personas-cuidadoras-CruzRoja.pdf>)».

²⁰ «En el estudio adelantado por el Gobierno de España junto con la Cruz Roja Española (citado en el pie de página inmediatamente anterior), se precisó lo siguiente: “Los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia son aquellas personas (familiares o amigos) que prestan a una persona con dependencia los apoyos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y aquellas otras necesidades derivadas de su condición de dependencia. // Aunque todos los miembros de una familia pueden prestar los apoyos de forma que se reparte la carga y las responsabilidades, lo común es que exista la figura del Cuidador Principal: aquel miembro de la familia que se ocupa mayoritariamente del cuidado del familiar con dependencia, asumiendo un mayor grado de responsabilidad en los cuidados, en el tiempo y esfuerzo invertido y en la toma de decisiones».

sociedad. Esto en la medida que su estado de salud lo permita, de lo contrario, su apoyo se limita a ayudarle en su aseo e higiene personal, a suministrarle los medicamentos que consume, a organizar y mantenerle adecuados los espacios físicos y el lugar que utiliza para descansar.

Conforme a lo anterior, el cuidador se encuentra expresamente excluido del PBS²¹ dado a su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud; la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. En la Sentencia T-801 de 1998²², reiterada en la providencia T-154 de 2014²³, esa Corporación expresó: «(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. 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)».

Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella; pues pese a que son los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado. Así, entonces, la responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren 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 sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia²⁴.

²¹ La Resolución 5521 de 2013, en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores».

²² M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁴ T-154 de 2014, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

A contrario *sensu*, si una de las anteriores condiciones no concurre y quien se hace cargo de quien requiere el cuidado no se halla en posibilidad de atenderlo de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo. La Corte ha sostenido: «*En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia*»²⁵.

Entonces, “...*en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado*”²⁶.

4.2.5 Del principio de integralidad. El principio de integralidad, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido asociado con la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante. Al respecto, ha dicho esta Corporación que “(*...*) *la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente*”²⁷ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”²⁸. Con base en estos argumentos tenemos que el principio de integridad lo ha definido la jurisprudencia constitucional como la obligación, en cabeza de las

²⁵ T-782 de 2013 M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. «*En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba “postrada en cama”; allí, el mismo médico “reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria “salud en casa”.*»

²⁶ Sentencia T-096 de 2016. Corte Constitucional

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2004.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-1059 de 2006.

autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de sus afiliados, teniendo como límite, sólo lo preceptuado en normas legales que regulen dicha la prestación del servicio de seguridad social en salud, integrada a la respectiva interpretación constitucional.-

La Corte Constitucional ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud encontrado pues, criterios determinadores recurrentes, en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud a (i) sujetos de especial protección Constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros, y (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras). sin que interese que prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios-, - No obstante se advierte que no debe interpretarse dicha conclusión como una especificación exhaustiva, pues es posible encontrar otras argumentaciones razonables para hacer determinable la orden de atención integral en salud, sin que se trate de persona de especial protección, con el propósito de superar situaciones que afecten sus derechos fundamentales, y en cada caso debe establecerse el cumplimiento de los requisitos que a nivel jurisprudencial ha señalado la Corte para la efectividad del derecho de defensa.- . En conclusión, Hay eventos en los que es necesario que el juez ordene a la EPS que preste un determinado tratamiento o insumo que resulta de vital importancia para el paciente y que no está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud ni ha sido ordenado por el médico tratante, tal y como lo estableció la jurisprudencia anteriormente citada, que resultaba plenamente aplicable al caso bajo estudio.-

Es importante resaltar que este principio no significa que “*el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables. Es el médico tratante **adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere.** De lo contrario el principio de integralidad se convertiría en una especie de cheque en blanco, en lugar de ser un criterio para asegurar que al usuario le presten el servicio de salud ordenado por el médico tratante de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado*”²⁹. Con relación a los trámites y procedimientos administrativos, la Corte Constitucional ha entendido que los mismos son necesarios y razonables, siempre que no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, toda vez que de ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio. La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta³⁰. **Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.** Por último, la Corte Constitucional ha defendido insistentemente³¹ el derecho que tiene toda persona a que se le garantice la continuidad del servicio de salud una vez éste haya sido iniciado, procurando que su prestación no sea interrumpida, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.

4.3 CASO EN CONCRETO

En el *sub-judice*, teniendo en cuenta las premisas fácticas, jurídicas, y los precedentes jurisprudenciales citados, tenemos que el señor CARLOS ARTURO GIRALDO MARTÍNEZ presenta diagnóstico principal de HTA y SECUELAS DE ACV, con movilidad reducida, dependiente totalmente, razón por la cual requiere de cuidados especiales para su sostenimiento diario; su compañera permanente MARÍA NORALBA TORO PINEDA acude a esta instancia con el fin que se ordene a la NUEVA EPS S.A. suministrar un cuidador domiciliario, pues, dice, su esposo requiere de ayuda de un tercero para satisfacer sus necesidades básicas. Aunado a lo dicho, solicita se ordene el suministro de los insumos médicos ordenados por su médico tratante, tales como pañales desechables, óxido de zinc, pañitos húmedos, guantes desechables y crema lubriderm®.

Lo primero que ha de precisar esta instancia es que, tal y como lo menciona la actora en su escrito, a la fecha la NUEVA EPS se encuentra suministrando parte de los servicios de salud ordenados al señor Carlos Arturo Giraldo Martínez, sin embargo, existen otros servicios como el *cuidador domiciliario*, e insumos como pañitos húmedos el cuál no ha sido proporcionado por la Entidad, pese que el actor es una persona totalmente dependiente de terceros. Al respecto encuentra esta instancia que si bien nuestro máximo órgano constitucional ha dicho que existen ciertas circunstancias que ameritan la intervención del juez y en tal caso ordenar el suministro del cuidador domiciliario-atendiendo que el mismo no se encuentra contemplado dentro del PBS- no se puede desconocer que quien tiene el criterio profesional para determinar, según las condiciones actuales de salud del usuario, el suministro de determinados insumos o servicios médicos, es el médico tratante adscrito a la EPS y no el Juez constitucional, aclarando, desde ya, que NO es la razón esgrimida por la Entidad accionada lo que justifica el no suministro del cuidador domiciliario a favor del señor CARLOS A. GIRALDO MARTÍNEZ, ello va más allá que el servicio esté o no incluido en el PBS y que corresponda o no a un servicio de salud; bien lo dejo establecido la Honorable Corte Constitucional, el médico es la persona idónea para determinar la cantidad y pertinencia de determinado insumo o servicio de salud en procura de la mejoría del paciente, de

³⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-566 de 2004.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-122 de 2009.

no ser así, el Juez puede verse involucrado en problemas jurídicos al ordenar servicios, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales del accionante, innecesarios, inadecuados o inconducentes.

Corolario de ello, este Despacho deberá disponer la valoración previa del paciente por un médico adscrito a la NUEVA EPS, a fin de establecer la pertinencia y necesidad respecto del suministro del cuidador domiciliario; así como de pañales desechables, pañitos húmedos, crema extrahumectante, crema antiescaras, guantes desechables. Si, conforme lo expuesto por el galeno, es necesario el suministro de lo dicho, la NUEVA EPS S.A. deberá autorizarlo y suministrarlo de manera inmediata.

Por otra parte, dado la vulnerabilidad, avanzada edad y el diagnóstico que presenta la paciente, este Juzgado considera pertinente ordenar el suministro de un TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD a favor del accionante, el cual deberá incluir medicamentos, intervenciones quirúrgicas, procedimientos, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, valoración por médicos especialistas, así como todo otro componente que los médicos tratantes adscritos a la EPS valoren como necesario para el restablecimiento de su salud que éste estrictamente relacionado con el diagnóstico de HTA y SECUELAS DE ACV.

Finalmente, en cuanto al tema de los recobros, si los tratamientos que se autorizan- atendiendo a la orden impartida- se encuentran excluidos del P.B.S., el Ente accionado deberá prestar los servicios requeridos teniendo la facultad administrativa de recobro, pues su FUENTE es de LEY y no propiamente del fallo de tutela.

5. PARTE RESOLUTIVA:

En virtud de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE PALMIRA, VALLE**, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la **SALUD Y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS** del señor **CARLOS ARTURO GIRALDO MARTÍNEZ**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 17.140.190 expedida en Bogotá D.C., dentro de la acción de amparo propuesta contra **NUEVA EPS S.A.**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS S.A.**, representada por **SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA**, en calidad de Gerente Regional Suroccidente,

que en un término máximo de TRES (3) DÍAS efectúe valoración con médico especialista al señor **CARLOS ARTURO GIRALDO MARTINEZ** con el fin que se determine la necesidad y pertinencia del suministro de **cuidador domiciliario**, e insumos tales como pañales, pañitos húmedos, crema extra humectante, crema anti escaras, guantes desechables, entre otros, atendiendo el diagnóstico actual que presenta; debiendo especificar la regularidad (frecuencia y horas) duración y cantidad de los servicios. Conforme a lo anterior, si el galeno dispone el suministro de lo mencionado, la NUEVA EPS S.A. deberá autorizarlo y suministrarlo de forma inmediata, sin requerir ningún trámite previo, de conformidad a las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a a la **NUEVA EPS S.A.**, a través de **SILVIA PATRICIA LONDOÑO GAVIRIA**, en calidad de Gerente Regional del Suroccidente, **SUMINISTRAR** un **TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD** al ciudadano **CARLOS ARTURO GIRALDO MARTINEZ**, la cual deberá incluir todos aquellos medicamentos, intervenciones quirúrgicas, procedimientos, prácticas de rehabilitación, exámenes, de diagnóstico, valoración por médicos especialistas, suplementos nutricionales, seguimiento de los tratamientos, así como cualquier otro servicio de salud que llegare a prescribir los médicos tratantes adscritos a la NUEVA EPS S.A.S, para el restablecimiento de su salud, siempre y cuando aquellos estén relacionados con el diagnostico de **HTA y SECUELAS DE ACV.**

CUARTO: ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre recobro, conforme lo expuesto en precedencia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE este proveído a las partes intervinientes en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, fallo que puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación (artículo 31 ibídem).

SEXTO: Si no fuere recurrida esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CAROLINA GARCÍA FERNÁNDEZ
Juez

Firmado Por:

**CAROLINA GARCIA FERNANDEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 PENAL DEL CIRCUITO PALMIRA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7fee9cbc029f2e12e06d5d5ed98a6f3a85cdf50b653c5a6e67c15a822f1c4726

Documento generado en 24/11/2020 08:26:36 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**