

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO
PALMIRA – VALLE

SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA N° 059.-

Palmira, nueve (09) de septiembre de dos mil veinte (2020)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Proferir sentencia de primera instancia en este trámite de tutela iniciado por la señora **ISABEL CRISTINA JARAMILLO MORA**, identificada con la cédula de ciudadanía 66.763.598 expedida en Palmira, Valle, con domicilio en la calle 36 # 21-32 de esta municipalidad, número celular 3155639909, correo electrónico isaja00@yahoo.com, en calidad de agente oficioso de su progenitor **ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN**, contra de la **NUEVA EPS S.A.**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la **SALUD Y VIDA DIGNA**.

2. ANTECEDENTES

Los hechos que sustentan la presente acción constitucional, se resumen en lo siguiente: el señor Arnul Omar Jaramillo Girón, actualmente con 79 años de edad, padece de *parkinson vs parkinsonsimo atípico* que le trajo como consecuencia falta de movilidad y, por ende, dependencia total de terceras personas para todas las actividades cotidianas, lo que hace necesario una atención y cuidados especiales, en aras de mejorar sus condiciones de vida; requiere de terapias físicas, de lenguaje ocupacional y fonoaudiología con énfasis de deglución e hipofagia. También, por su delicado estado de salud, es atendido por diferentes especialistas de la salud, como médico internista, neumólogo, otorrinolaringólogo y nutricionista, quienes a su vez, al ver el deterioro en la salud del paciente, ordenaron el servicio de *home care* para terapias en casa y visitas médicas periódicas. En cierta oportunidad fue valorado por médico fisiatra y éste determinó escala funcional de *barthel* puntuación de 10 puntos, equivalente a dependencia total de terceros.

El señor Arnul Jaramillo dependía totalmente de su esposa Melba Mora Mera, sin embargo, el 1° de julio de 2020 ésta falleció, por lo que el paciente quedó sin atención de un tercero y su hija, la accionante, se le imposibilita asumir el cuidado total de su

padre, pues debe laborar para generar su propio sustento. Por tal razón requiere de dos enfermeras capacitadas en el cuidado integral del paciente y ancianos, que le brinde atención 24 horas, en turnos de 12 horas cada una, pues desde la muerte de la señora Melba, el paciente ha presentado un deterioro mayor y total en su estado de salud, aunado a la depresión por la pérdida, lo que ha generado un retroceso en su proceso de recuperación.

Agrega que como afiliado al régimen contributivo al sistema de salud, tiene derecho a que se le proporcione una atención médica integral, de calidad y permanente, así, solicita se ordene la prestación integral de todos los servicios médicos y de apoyo que el señor Arnul Omar Jaramillo requiera por su condición de discapacidad física y psíquica; se le continúe suministrando las terapias respiratorias, físicas, fonoaudiológicas y ocupacionales, se disponga la prestación de los servicios de enfermería con cobertura 24 horas, así como medicamentos, exámenes de diagnóstico, de laboratorio y paraclínicos cuando se requiera, incluyendo aquellos que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud; pañales, toallitas húmedas, guantes desechables tapabocas, crema antiescaras, crema almipro, lubriderm®, ensure®, de forma permanente y en la cantidad requerida.

Para sustentar lo expuesto, allega copia de los siguientes documentos: cedula de ciudadanía de ARNUL OMAR JARAMILLO GIRON; Registro Civil de nacimiento ARNUL OMAR JARAMILLO GIRON; Resolución de pensión ARNUL OMAR JARAMILLO GIRON; Historia clínica expedida por las clínicas: Historia Clínica Neurólogo (Dr. José Mauricio Cárdenas – Dra. Médico General Leydi Lorena López – Dra. Médico General Jennifer Rodríguez. – Dra. Neuróloga Valentina Botozhergalova - Dr. Neurólogo Edwin Harvey Etayo; Escalas Funcional BARTHEL con fecha Marzo 3 del 2020; Escala Funcional BARTHEL Dr. Fisiatra AMID Jaime Andrés Salcedo Rodríguez con fecha 29 Julio 2020; Soportes HISTORIAS CLINICAS DE CAIDAS Y PADECIMIENTOS. EMI .12 Caídas; Dictamen FARINGOGRAFIA Y ESOFAGOGRAMA; Historia Clínica HIPNOS - VIDA Dr. NEUMOLOGO Julián Mauricio Cortes Colorado; Acta de Matrimonio; Acta de Defunción de mi madre MELBA MORA MERA fallecida el 1ero de Julio 2020; cedula de ciudadanía ISABEL CRISTINA JARAMILLO MORA.

3. DE TRÁMITE

Mediante Auto Interlocutorio de Tutela de Primera Instancia N° 132 del 28 de agosto de 2020, este Despacho asumió el conocimiento de la solicitud de tutela presentada por la señora ISABEL CRISTINA JARAMILLO MORA en favor de su señor padre ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN. 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 dispuso la vinculación de la IPS AMID TULUÁ.

3.1 RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

El abogado de la **NUEVA EPS S.A.** precisa que en atención a lo solicitado por la accionante, se solicitó los soportes de atención de los servicios al área encargada, visualizándose que: i) paquete de atención domiciliario con terapias mensual: se solicita a proveedor valorar la pertinencia, cantidad y periodicidad de insumos (guantes, tapabocas, enfermería 24 horas, encontrándose a la espera del concepto; ii) suministro de oxígeno: se está prestando a través de Cryogas; iii) auxiliar de enfermería por 24 horas: no existe orden médica del servicio, se solicita concepto del proveedor domiciliario para obtenerla; iv) pañitos húmedos, óxido de zinc, pañales, lubriderm®, ensure advance®: tecnología no cubierta, puede ser gestionado vía MIPRES; v) guantes, tintura de benjuí, tapabocas: no se evidencian ordenes médicas, se solicita concepto proveedor domiciliario.

Respecto a la solicitud de servicio de auxiliar de enfermería para realizar funciones de cuidador, no se ha generado orden médica que solicite como justificado el servicio de auxiliar de enfermería en domicilio, ya que este servicio se considera pertinente para realizar actividades específicas como administrar medicamentos, curación y cateterismo intermitentes. No se cubre turno de auxiliar de enfermería para realizar al paciente cuidados básicos como aseo e higiene, alimentación, cambios de posición y medidas de prevención de escaras, cuidados generales y acompañamiento, pues estas actividades están a cargo del familiar o cuidador del paciente; la normatividad en seguridad social en salud no exime a la familia de su responsabilidad social frente al paciente. Acto seguido ilustra sobre la conceptualización técnica de enfermería domiciliaria y cuidador domiciliario, como el principio de solidaridad, para finalmente precisar no se encuentra demostrada la pertinencia médica de la autorización de cuidador como prestación de servicios de salud; respetando el principio de corresponsabilidad que llama al uso racional de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo la familia el núcleo primario de atención, llamado a suministrar al paciente todo tipo de apoyo.

En cuanto a aquellos servicios sin orden médica emitida por profesional de la salud, resalta, el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante, siendo el profesional de la salud el actor idóneo para determinar el tratamiento y las intervenciones requeridas por el paciente, con base en el análisis del caso. Por otro lado, itera que los elementos de aseo denominados pañitos húmedos y crema antipañalitis en ningún momento corresponden a un tratamiento, medicamentos 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 por la NUEVA EPS. Similar caso sucede con los pañales desechables y crema humectantes.

En atención a lo anterior, solicita se niegue por improcedente la acción de tutela y se absuelva a la NUEVA EPS; en caso contrario, se ordene el recobro del 100 % ante el ADRES de los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales.

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 *enfermedad de parkinson*, 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 este derecho fundamental³, tales como⁴ la disponibilidad, la aceptabilidad, la

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.

³ 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.

⁴ Artículo 6. Idem.

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

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 2015.

⁶ Ídem.

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 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

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 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 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

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.

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.

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.

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,*

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).

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 artis* - 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 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”.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2008.

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 diaria*¹⁹ *de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado*²⁰, 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 sociedad. Esto en la medida que su estado de salud lo permita, de lo contrario, su apoyo se limita a ayudarlo 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.

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».

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.

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

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.

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 paciente²⁷ 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 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

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.

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 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,**

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-566 de 2004.

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 ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN presenta diagnóstico principal de *parkinson*, con movilidad reducida, dependiente totalmente, razón por la cual requiere de cuidados especiales para su sostenimiento diario; su hija ISABEL CRISTINA JARAMILLO MORA acude a esta instancia con el fin que se ordene a la NUEVA EPS S.A. suministrar un cuidador domiciliario, pues, dice, se le imposibilita cubrir todos sus requerimientos, advirtiendo la única persona que se hacía cargo del cuidado de su progenitor lo era su señora madre, pero ésta falleció el pasado mes de julio 2020, lo que ha empeorado la salud del paciente. Aunado a lo dicho, solicita se ordene el suministro de tratamiento integral y se continúe con la prestación de todos los servicios de salud que el señor Arnul requiera en razón a su enfermedad.

Ante ello, 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 Arnul Omar Jaramillo, tales como terapias respiratoria y física, de fonoaudiología y ocupacional. Sin embargo, existen otros servicios como el *cuidador domiciliario* 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 ARNUL JARAMILLO, 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 dejó 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 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.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-122 de 2009.

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, pañitos húmedos, crema extrahumectante, crema antiescaras, guantes. 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.

Respecto del suministro del tratamiento integral en salud, 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 paciente, 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 *enfermedad de parkinson*. También ha de advertírsele a la Entidad que los servicios requeridos por el paciente deberán ser proporcionados en su domicilio, dada la avanzada edad y detrimento de salud del actor.

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 **ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN**, 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 **ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN** 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, 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 **ARNUL OMAR JARAMILLO GIRÓN**, 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 **“enfermedad de parkinson”**, advirtiéndole que los servicios requeridos por el paciente deberán ser proporcionados en su domicilio, dada la avanzada edad y detrimento de salud del actor.

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