



## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, veintiocho (28) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

#### 1. ASUNTO A DECIDIR

**ROSMIRA BALLEEN CAMACHO**, actuando como agente oficioso de LELIO BALLEEN CAMACHO, formuló acción de tutela contra la **NUEVA EPS**, vinculándose de oficio **LA SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER Y PROJECTION LIFE**, con el fin del amparo judicial de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna.

##### 1.1. Hechos de la tutela.

Expuso la actora, como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, que su hermano LELIO BALLEEN CAMACHO es un adulto mayor de 70 años de edad, con un diagnóstico de enfermedad cerebro vascular – movilidad reducida (silla de ruedas) – incontinencia de esfínteres – hipertensión arterial y dependencia funcional severa.

Informó que el agenciado se trata de un hombre soltero, sin hijos, propiedades o pensión, encontrándose bajo su cuidado y protección, precisando que actualmente labora como empleada de servicios generales devengando un salario mínimo, teniendo a su cargo el pago del arriendo de la casa donde viven con su hermano y nieto, sin dejar de lado que es responsable del pago de los servicios públicos domiciliarios y la alimentación del núcleo familiar.

Afiró que son varios hermanos, pero ninguno de ellos puede hacerse cargo del agenciado. Que por su enfermedad está en silla de ruedas, no puede valerse por sí mismo, no puede ir al baño, usa pañales quw por sí mismo no puede cambiarse, no puede tomar los alimentos por su propia cuenta porque tiene parálisis, y debido a su trabajo no puede velar por su cuidado y su sueldo es realmente insuficiente para pagar una enfermera o una cuidadora que lo atienda.



Por lo anterior, mediante derecho de petición radicado en los correos electrónicos de la NUEVA EPS solicitó la designación para el agenciado de un cuidador o enfermero domiciliario 24 horas al día o en su defecto por 12 horas, suministro de pañitos húmedos y cajas de guantes, lo cuales fueron negados.

### **1.2. Pretensión.**

Por los anteriores hechos solicitó la agente oficioso se tutelen los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana del señor LELIO BALLEEN CAMACHO y se ordene a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas autorice y ordene los servicios de cuidador y/o enfermero a domicilio todos los días de la semana por 24 horas al día o en su defecto por 12 horas al día, así mismo que suministre 3 cajas de guantes de látex mensuales y pañitos húmedos para su aseo personal.

### **1.3. Admisión y trámite.**

El asunto constitucional fue avocado en auto del 20 de septiembre de 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada, vinculándose de oficio a la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER Y PROJECTION LIFE, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, dándose el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991.

### **1.4. Manifestaciones de la accionada.**

#### **➤ NUEVA EPS**

Informó que el accionante se encuentra en estado ACTIVO en el RÉGIMEN SUBSIDIADO, para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General De Seguridad Social En Salud.

Que en verificación de los anexos a la solicitud de tutela no se observa orden médica actual o vigente que prescriba las solicitudes de guantes, pañitos y cuidador domiciliario, informando que ese tipo de servicio -cuidador domiciliario- se refiere para el cuidado personal del paciente, por tanto no hacen parte del ámbito de la salud y en consecuencia no están a cargo de la EPS sino de la familia (en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo), por deber constitucional de solidaridad y la obligación del núcleo familiar de proteger a sus familiares en situación de especial vulnerabilidad y de igual forma en el caso de



referencia no se catalogan los criterios excepcionales para otorgar dicho servicio, y así mismo no se evidencia el soporte de la incapacidad de toda la familia de brindar el cuidado de la paciente.

Solicitó deniegue por improcedente la presente acción de tutela y subsidiariamente, se adicione en la parte resolutive del fallo, en el sentido de FACULTAR a la NUEVA EPS S.A., para que solicite ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), reembolsar todos aquellos gastos en que incurra en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignados.

#### ➤ **PROJECTION LIFE IPS**

Informó que es una IPS que presta sus servicios a usuarios de diferentes entidades a través de un contrato de prestación de servicios médicos acorde con el Plan de Beneficios en Salud, previsto legalmente y conforme con la Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007. Como IPS, NO cuentan con la facultad de autorizar servicios. La única que puede autorizar procedimientos quirúrgicos, medicamentos, exámenes, tratamientos, citas médicas, terapias, insumos, viáticos (transporte, hospedaje y alimentación), servicios de enfermería, servicios de ambulancia, exoneración de copagos, cuotas moderadoras y en general todo lo que llegare a requerir un paciente, por regla general es únicamente la aseguradora a la cual se encuentre afiliado el paciente.

#### ➤ **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER**

Debidamente notificada guardó silencio sobre los hechos de la acción de tutela.

## **2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

### **ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL**



## **Acceso a los servicios y tecnologías en salud<sup>1</sup>**

### **a. Profesional en salud y la prescripción médica**

1. *Para acceder a los servicios y tecnologías en salud, el usuario debe acudir el profesional en salud tratante quien dará la prescripción médica. Se trata del médico u odontólogo que atiende al usuario en medicina general, en odontología general o en urgencias, según los artículos 10 y 11 de la Resolución 3512 de 2019. La prescripción es el acto del profesional tratante mediante el cual se ordena un servicio o tecnología o se remite al paciente a alguna especialidad médica. El artículo 39 de la Resolución 3512 de 2019 indica que la prescripción deberá emplear la denominación común internacional.*
2. *La normativa consagra que los servicios y tecnologías en salud deben ser prescritos (de acuerdo con unas reglas específicas) por el profesional de salud tratante.*
3. *Éste es una persona competente, enriquecida con educación continua e investigación y una evaluación oportuna, según el artículo 6 literal d) de la LeS. Los profesionales en salud gozan de autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes y no podrán ser presionados por otros actores, conforme al artículo 17 de la LeS.*
4. *La pregunta que surge es si el profesional en salud debe cumplir con algún requisito para poder prescribir los servicios o tecnologías en salud. Una lectura sistemática del artículo 11 de la Resolución 3512 de 2019 y del artículo 5 inciso 1 de la Resolución 1885 de 2018 ofrecería algunos elementos. La primera disposición jurídica indica que toda persona deberá adscribirse, según su elección, en alguna de las IPS de la red de prestadores conformada por la EPS o la entidad que haga sus veces, para que de esta manera se pueda beneficiar de todas las actividades de promoción de la salud, de atención ambulatoria, de prevención de riesgos y de recuperación de la salud. La segunda disposición establece que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios, será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.*
5. *Lo anterior parece indicar que, en principio, el médico tratante es el profesional idóneo para definir el tratamiento, por contar con la capacitación adecuada, criterio científico y conocer la realidad clínica al paciente<sup>2</sup>. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que, excepcionalmente, en los casos en los que no exista prescripción médica, el juez constitucional puede ordenar el suministro de un servicio o tecnología si la necesidad del mismo es notoria, de manera condicionada a un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación.<sup>3</sup>*

### **La atención domiciliaria: el servicio de auxiliar de enfermería y el servicio de cuidador.<sup>4</sup>**

*"24. La atención domiciliaria es una "modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de salud y la participación de la familia"<sup>[33]</sup> y se encuentra contemplada en la última actualización del Plan de Beneficios en Salud (PBS) como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).*

*25. El servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud. Es diferente al servicio de cuidador que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.<sup>[35]</sup> Es*

<sup>1</sup> Sentencia SU-580/20 Corte Constitucional.

<sup>2</sup> C. Const., sentencia de tutela T-320 de 2009, reiterada en sentencia T-235 de 2018.

<sup>3</sup> La sentencia T-196 de 2014 señaló que "Se debe verificar si el peticionario padece patologías que conlleven síntomas, efectos y tratamientos que configuren hechos notorios. Ante esa eventualidad, el operador judicial puede prescindir del soporte médico para dar aplicación a las reglas de la sana crítica, que lo conduzcan a una intelección apropiada de la realidad.". Reiterado en T-056 de 2015, T-171 de 2016, T-014 de 2017 y T-178 de 2017, entre otras.

<sup>4</sup> Sentencia T-015/21. Corte Constitucional.



*importante explicar las características de ambos servicios a la luz de la legislación y la jurisprudencia para comprender cuando cada uno es procedente.*

*26. El servicio de auxiliar de enfermería: i) constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud, ii) es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS, iii) está incluido en el PBS en el ámbito de la salud, cuando sea ordenado por el médico tratante y iv) procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de conformidad con el artículo 66 de la Resolución 3512 de 2019.*

*27. En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.<sup>[38]</sup> ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante, como se explica a continuación.*

*28. De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado. En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019, pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.*

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

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

## **CASO EN CONCRETO**

Solicitó la agente oficioso se tutelaran los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana del señor LELIO BALLEEN CAMACHO y se ordene a la NUEVA EPS que dentro del término de las 48 horas autorice y ordene los servicios de cuidador y/o enfermero a domicilio todos los días de la semana por 24 horas al día o en su defecto por 12 horas al día y así mismo que suministre 3 cajas de guantes de látex mensuales y pañitos húmedos para su aseo personal.



Frente al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción en casos como el presente se tiene acreditada la legitimación en la causa por activa, dado la edad y estado de salud del agenciado quien no puede actuar por sí mismo para la protección de sus derechos fundamentales y por pasiva, toda vez que la accionada NUEVA EPS es la entidad encargada de la prestación de servicios de salud dada la afiliación dada a través del régimen subsidiado; la acción fue interpuesta en un término prudencial, atendiendo a que los servicios médicos requeridos se tratan de prestaciones de salud periódicas y en consecuencia, puede interponerla en cualquier momento.

Finalmente, no existe otro mecanismo jurídico que le ofrezca al agenciado una solución eficaz y pronta al problema que presenta para acceder a los servicios solicitados.

Según pruebas que fueron aportadas al escrito de tutela se extrae que el señor LELIO BALLEEN CAMACHO es un paciente con 70 años de edad que se encuentra afiliado en el Sistema de Seguridad Social en Salud, vinculado a NUEVA EPS en el Régimen Subsidiado, con diagnóstico INCONTINENCIA URINARIA, PROBLEMAS RELACIONADOS CON MOVILIDAD REDUCIDA Y ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, con dependencia funcional severa barthel 25/100.

Así mismo, informó la agente oficiosa que infructuosamente solicitó mediante derecho de petición a NUEVA EPS le sea asignado un cuidador o enfermería para atender sus cuidados de salud, ya que ella trabaja y no puede hacerse cargo de su hermano e igualmente, sus demás hermanos no tienen la capacidad económica ni la posibilidad de cuidar del agenciado. Al igual que indica que es necesario se le provea de 3 cajas de guantes de látex mensuales y pañitos húmedos para su aseo personal.

La H Corte Constitucional, ha sido enfática en precisar que las entidades que administran el servicio de salud se encuentran directamente vinculadas al criterio del médico tratante o en general, de los profesionales de la salud por ser quien tiene el conocimiento científico y por su contacto con el enfermo puede establecer el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad que padece; temas que han sido abordados principalmente en sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

Por lo tanto, el juez en materia de tutela, tiene como carga adicional analizar de manera detenida el expediente, a efectos de determinar si las condiciones de salud del paciente, pese a la inexistencia de orden del médico tratante, ameritan su intervención directa, en aras de preservar derechos fundamentales como la vida digna; o en su



defecto, ordenar la realización de una valoración médica del paciente para que los galenos tratantes, bajo parámetros científicos, y vinculados por las normas éticas y disciplinarias de la profesión, determinen y precisen la necesidad y la forma en que debe otorgarse lo implorado o la necesidad advertida por vía constitucional.

Ahora bien, atendiendo a que, como bien lo manifestó la accionada, no existe orden médica para el servicio de enfermería ni de cuidador domiciliario, es claro que de la historia clínica adjunta se evidencia que el usuario es un adulta mayor que por sus patologías se encuentra en delicado estado de salud, requiriendo de cuidados diarios de un tercero, por lo que se hace necesario, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, en primera medida, que se emita el concepto del médico científico para determinar la procedencia del servicio solicitado, y así mismo, se indique si dichos cuidados especiales pueden ser brindados por su núcleo familiar o cuidador o se hace necesario el servicio de enfermería y en caso de imposibilidad material, esto es, económica o física de la familia, es obligación de la EPS suplir dicha carencia para apoyarla en este sentido.

Por lo que en consecuencia, en virtud de dichos diagnósticos, resulta necesario amparar su derecho fundamental a la vida digna y salud en su faceta de diagnóstico en cuanto que sea la entidad accionada NUEVA EPS, a través de los galenos tratantes, conformado por un grupo interdisciplinario sean quienes le realicen una valoración médica domiciliaria en aras de determinar la necesidad de este servicio de enfermería domiciliaria o de cuidador domiciliario ante la imposibilidad física que refieren que presenta actualmente su núcleo familiar.

En igual sentido, atendiendo a que no existe orden médica respecto de lo solicitado por la agente oficiosa, esto es, frente al suministro de 3 cajas de guantes de látex mensuales y pañitos húmedos para su aseo personal, se ordenará que la valoración domiciliaria aquí ordenada se determine frente a la pertinencia de esos insumos.

A estas directrices se arriba, porque lo importante aquí es garantizar el resguardo de los derechos fundamentales del paciente, quien dada las enfermedades que padece resulta necesario para atender sus necesidades de salud, ya que, en razón a su diagnóstico, depende de terceras personas para el desarrollo de sus actividades básicas diarias.

En consecuencia, se le ordenará a NUEVA EPS que procure **una valoración domiciliaria** al señor **LELIO BALLEEN CAMACHO**, por un equipo que, entre otros, ha de estar conformado por un médico general y por un trabajador social, con el fin de



definir si requiere del servicio de enfermería o cuidador domiciliario, cajas de guantes de látex mensuales y pañitos húmedos para su aseo personal, y en caso positivo se ordenará a NUEVA EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el servicio de enfermería o cuidador domiciliario y demás servicios y tecnologías que considere pertinente durante el tiempo y forma ordenada, conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

En caso de que se determine que lo que requiere el agenciado es el servicio de CUIDADOR, deberá determinar si el núcleo familiar de aquel se encuentra o no en la capacidad física y/o económica de prestarle el servicio en relación con las patologías que dieron origen a este asunto y en caso positivo, NUEVA EPS deberá asesorar y capacitar al o los familiares que asumirán el rol de cuidador que se requiere según lo ordenado por el grupo interdisciplinario.

En el evento en que dicho grupo técnico estime que el núcleo familiar del agenciado no puede proveerle tal asistencia sin menoscabo de sus propias condiciones de existencia, se ordenará a NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el SERVICIO DE CUIDADOR durante el tiempo y forma ordenada, y conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

Finalmente, considera esta judicatura que NO es procedente por vía de tutela conceder a NUEVA EPS la facultad de recobrar a la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER tal y como lo ha explicado reiterativamente la Corte Constitucional.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE PIEDECUESTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud, diagnóstico y dignidad humana de **LELIO BALLEEN CAMACHO**, identificado con la cédula de ciudadanía 13.950.218, por lo explicado anteriormente vulnerados por **NUEVA EPS**.

**SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS** que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, procure **una valoración domiciliaria** al señor **LELIO BALLEEN CAMACHO**, por un equipo que, entre otros, ha de estar conformado por un médico general y por un trabajador social, con el fin de



definir si requiere del servicio de enfermería o cuidador domiciliario, y del suministro de cajas de guantes de látex mensuales y pañitos húmedos para su aseo personal, y en caso positivo se ordenará a NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el SERVICIO DE ENFERMERIA o CUIDADOR DOMICILIARIO y demás servicios y tecnologías que considere pertinente durante el tiempo y forma ordenada, conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

En caso de que se determine que lo que requiere el agenciado es el servicio de CUIDADOR, deberá determinar si el núcleo familiar de aquel se encuentra o no en la capacidad física y/o económica de prestarle el servicio en relación con las patologías que dieron origen a este asunto y en caso positivo, NUEVA EPS deberá asesorar y capacitar al o los familiares que asumirán el rol de cuidador que se requiere según lo ordenado por el grupo interdisciplinario.

En el evento en que dicho grupo técnico estime que el núcleo familiar del agenciado no puede proveerle tal asistencia sin menoscabo de sus propias condiciones de existencia, se ordenará a NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha valoración, preste el SERVICIO DE CUIDADOR durante el tiempo y forma ordenada, y conforme a lo que prescriba ese equipo interdisciplinario, sin importar la no inclusión de tal servicio en el PBS vigente.

**TERCERO: ABSTENERSE** de emitir orden de recobro por lo expuesto en la parre motiva de este proveído.

**CUARTO: NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el Artículo 30 del decreto 2591 de 1991, el cual podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia.

**QUINTO:** Si esta decisión no fuere impugnada, remítase dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO**  
**JUEZ.**