

**Consejo Superior de la Judicatura
JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
Bucaramanga – Santander**



Bucaramanga, 6 de agosto de 2021

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Se resuelve la impugnación presentada por **SALUDTOTAL E.P.S.**, contra el fallo de primera instancia proferido el 6 de julio de 2021 por el **JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA, SANTANDER**.

I. FUNDAMENTO FÁCTICO Y PETICIÓN FORMULADA

La defensora Pública Janeth Tatiana Abdallah Camacho, actuando como agente oficiosa de Gloria Barón de Mantilla, argumentó en el escrito de tutela que su agenciada, cuenta con 71 años de edad, se encuentra en grave estado de vulnerabilidad por pobreza y además tiene cáncer derivado de un tumor maligno del endometrio, con coleditiasis e hidronefrosis, al igual que trastorno afectivo bipolar, deterioro cognitivo, demencia, dependencia funcional, esclerosis de superficies, gastroenteritis, hipotiroidismo, diarrea en forma permanente, sin control de esfínteres, con cistitis actina, y requiere cateterismos vesicales limpios intermitentes de manera permanente (4 veces al día con vol miccionales inferiores a 500cc) entre otros¹.

Indicó la tutelante, que su agenciada está afiliada a los servicios de salud, en calidad de beneficiaria de su esposo Reynaldo Mantilla² con quien conforma un hogar, no tienen hijos, ni pensión para garantizar su sustento, a causa de sus condiciones de salud no pueden laborar, y viven en arrendamiento en un apartamento ubicado en el barrio trinitarios del Municipio de Floridablanca. Su sustento se deriva del apoyo de unos sobrinos, quienes los cuidan pero no en forma permanente y continua, pues cada uno cuenta con su propio hogar.

Dijo, que la agente que la E.P.S. se abstiene de prestar el servicio de cuidador o enfermero 12 horas nocturnas complementario al servicio diurno que requiere su agenciada, y en consecuencia, acudió a la acción de tutela para que se protejan los derechos fundamentales

¹ Señaló que la accionada, actualmente le brinda a su agenciada, “el servicio de enfermera 12 horas diurnas, debido a su delicado estado de salud, pero en las noches los dos adultos mayores permanecen solos, por lo que sufren accidentes, caídas, que los colocan en grave riesgo para su salud y la vida misma, en repetidas ocasiones la enfermera, al llegar al apartamento en horas de la mañana, encuentra a su agenciada tirada en el suelo, producto de caídas, llena de sus propias materias fecales, sin la posibilidad de levantarse por sí misma, lo que sin dudas resulta una afectación a su dignidad, a su salud y un riesgo para su vida misma y, por ende, solicita que se extienda el servicio por veinticuatro horas”.

² Quien a su vez este es un adulto mayor de 85 años de edad, sufre de diabetes mellitus tipo 2, Alzheimer, Hipotiroidismo, HTA Hipertensión Arterial, enfermedad cardíaca y no tiene la posibilidad de auto determinarse.

a la vida, salud y dignidad humana y se disponga el otorgamiento del tratamiento integral debido a sus múltiples padecimientos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA, SANTANDER**, considerando el estado de vulnerabilidad de la parte activa, en cuanto a sus dificultades económicas, múltiples problemas de salud y el silencio de la accionada, en fallo del 6 de julio de 2021, a pesar de que no existía concepto médico, concedió el amparo ordenando a la demandada que, en el término de 48 horas, posteriores a la notificación del fallo, autorizara y materializara el servicio de enfermería domiciliaria por el lapso de 24 horas de carácter permanente, el suministro de insumos, pañales desechables y, el servicio de traslado medicalizado sea en ambulancia u otro vehículo con enfermero, para las consultas médicas, exámenes, controles, citas especializadas, terapias, cirugías o cualquier intervención o tratamiento requerido por la accionante, y finalmente concedió el tratamiento integral respecto de la enfermedad catastrófica de cáncer y las comorbilidades que afectan a la agenciada.

III. LA IMPUGNACIÓN

La accionada impugnó al fallo al considerar que no existe orden médica previa que permita autorizar el tratamiento integral, igualmente, advirtió que la impetrante, tuvo cita médica el 2 de julio de 2021, y un especialista en urología determinó que no era necesario el servicio de enfermería, puesto que los cateterismos pueden ser realizados por un miembro de su familia que reciba entrenamiento para tal fin. Igualmente aseveró que a la accionante se le han otorgado todos los procedimientos y no existe alguna conducta vulneradora que pueda ser enrostrada a dicha entidad, además que al ignorar que no existe orden médica, el *A quo* terminó protegiendo hechos futuros e inciertos, temas vedados en sede de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción de tutela es un procedimiento creado por la Constitución Política de 1991 y está prevista como un mecanismo procesal complementario y específico, que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o vulnerados o se presente amenaza de su violación. El ejercicio de la acción está condicionado en tanto, a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es entonces un instrumento de carácter subsidiario, porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable. Significa lo anterior que si para lograr los fines que persigue

el accionante existe un medio de defensa judicial idóneo y efectivo que resguarde sus derechos, la acción de tutela no tiene aplicación, salvo la hipótesis del daño irreparable que hiciera tardío e inútil el fallo de la justicia ordinaria.

Frente a los alegatos de la parte pasiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, la acción de tutela tiene un carácter preventivo, en cuanto una de sus funciones es que los ciudadanos puedan por medio de una acción sumaria, obtener protección ante una situación de inminente peligro, en este caso, la agente que procura el caso, allegó historia clínica, en donde puede observarse que su agenciada, aparte de padecer de cáncer, tiene otras comorbilidades que profundizan la gravedad de su situación.

Así las cosas, la tutela es procedente en cuanto se avizora la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Frente a ello, se ha dicho que este peligro debe estar próximo a suceder y ser cierto, lo que quiere decir, que no esté basado en meras especulaciones, debe ser grave, desde el punto del bien o del interés jurídico que se lesionaría³ y que el asunto requiera atención urgente, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación, como fue reiterado en sentencia en Sentencia T-494 de 2010:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”

Conforme a estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, **el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder**. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, **el perjuicio ha de ser grave**, es decir, que **suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica**. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable**”.

En consecuencia y según las pruebas arrimadas al proceso, es claro que se cumplen los parámetros citados con anterioridad, debido a que es determinable la amenaza latente y grave a los derechos reseñados, que ante la imposibilidad de la titular de reclamarlos por su estado dependencia, tuvieron que ser exigidos por una agente oficiosa con ocasión a la inminente conculcación de la dignidad humana de su representada.

3 En la presente, se trata de bienes jurídicos de relevancia como son la vida, salud y dignidad humana de la impetrante.

Aunado a lo anterior, resulta relevante para la decisión, el status de especial protección del que goza la accionante, quien es una adulta mayor, esto, impone algunas cargas adicionales al Estado, en lo relativo a ejecutar todas las medidas afirmativas necesarias para la garantía de los derechos de estos ciudadanos, lo cual viene a consecuencia de lo consignado en la Constitución Política de 1991 y los distintos tratados internacionales ratificados por Colombia sobre la materia⁴.

Por otra parte, frente al alegato de que no existe orden médica es necesario resaltar lo que ha argüido de manera reiterativa el precedente constitucional. En sentencia T-528 de 2019

⁴ El cuidado de la vejez también ha sido consagrado por los instrumentos internacionales como una obligación propia de los Estados constitucionales. En efecto, esta Corporación en sentencia C-503 de 2014, dio cuenta del amplio margen de protección que dichos instrumentos le han otorgado a las personas de la tercera edad, dada su condición de sujetos de especial protección. A continuación se citará in extenso el aparte de la aludida providencia, en el que se hace un estudio juicioso de los instrumentos que nutren el contenido de la obligación en cabeza de los Estados, consistente en amparar los derechos de los adultos mayores en aras de propiciar las condiciones necesarias para hacer efectivo el goce de sus derechos.

“Es así como el **Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador**, firmado en 1988 y ratificado por Colombia a través de la Ley 319 de 1996, establece una obligación progresiva de los Estados en favor de la población de la tercera edad, como lo es la adopción de medidas médicas, alimentarias y laborales que les permitan mejorar su calidad de vida.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)** firmada en 1948, hace una referencia indirecta a la especial protección que deben recibir ciertos grupos poblacionales en el seno de esta organización, entre ellos los sujetos de la tercera edad. En su artículo 25, se estipula el derecho que tiene toda persona a un nivel de vida adecuado, el cual comprende, no solo las necesidades básicas (alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica) sino también los seguros en caso de vejez.

Otro referente normativo cuya mención es relevante es el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, firmado en 1966 y ratificado por Colombia a través de la ley 74 de 1968, instrumento que si bien no alude de forma expresa a los derechos de los adultos mayores, consagra en su artículo 9 “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”, cláusula que ha sido interpretada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expandiendo su alcance.

En efecto, “la protección limitada que proporcionan las convenciones existentes a los derechos de las personas de edad se ha visto reforzada parcialmente gracias a su interpretación progresiva, realizada por los órganos encargados de su supervisión”. Es el caso del Comité de Derechos Humanos, que ha desarrollado el principio de no discriminación por la edad, en ciertos casos que ha analizado dentro de su procedimiento contencioso.

Mención aparte merece la destacada labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la interpretación del PIDESC que en cumplimiento de sus funciones emitió la **Observación General 6 de 1995** sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. En este documento, el Comité especifica las obligaciones que corresponden en el ámbito de los derechos de las personas de la tercera edad, a los Estados que son parte de esta Convención.

En la Observación General 6, el Comité ha desarrollado el contenido y alcance de los derechos de los adultos mayores mediante distintas cuestiones abarcadas por el Pacto en varias disposiciones, sobre igualdad de derechos de hombres y mujeres, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, protección de la familia, nivel de vida adecuado, salud física y mental y educación y cultura.

Existen además, otros instrumentos, convenios y declaraciones internacionales que si bien no forman parte del bloque de constitucionalidad, son parámetros útiles y guías de interpretación frente a estos derechos como ya se ha establecido.

La **Resolución 46 de 1991 de la Asamblea General de las Naciones Unidas** adopta una serie de principios en materia de derechos de las personas de avanzada edad, los cuales recomienda incluir en sus programas nacionales. Tales principios son: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad en favor de las personas mayores. Con respecto a los cuidados, son concebidos a partir de una noción de integralidad que abarca varias aristas de su desarrollo humano. Con relación a las instituciones donde se les prestan cuidados, la Resolución 46 afirma:

“Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro.”

“Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.”

La **Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos** firmada en 2002 por los países de la Comunidad Andina de Naciones, da cuenta de la voluntad conjunta de los Estados por “cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los adultos mayores”. Esta declaración además delimita algunas prioridades de acción de los gobiernos frente a los adultos mayores.

También se destaca el **Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento (Plan Madrid)** aprobado en 2002 en desarrollo de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid. Este Plan, adoptado por 159 Estados, está dirigido a la promoción y protección de los derechos humanos de los adultos mayores, así como incluir el envejecimiento en las agendas globales. Se encuentra estructurado en torno a tres prioridades: **las Personas de Edad y el Desarrollo, el Fomento de la Salud y el Bienestar en la Vejez y la Creación de un Entorno Propicio y Favorable.**

La **Declaración de Brasilia** adoptada en el marco de la Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe en 2007, organizada por la CEPAL, **manifiesta el compromiso de los países firmantes para la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas de la tercera edad, en diversos frentes tales como salud, educación, trabajo, no discriminación, entre otros**” (negrilla y subrayado fuera del texto original) C-177 de 2016.

el órgano citado con anterioridad dijo que:

Se ha establecido que en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, **cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece.** Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias. Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido (negrilla y subrayado fuera del texto original).

En el caso *sub examine*, la agente narró que existen ocasiones en que la accionante ha sido encontrada en el suelo y entre sus propias heces, situación esta que implica una clara transgresión a su dignidad humana. En consecuencia, al vivir solamente con su pareja que, también es adulto mayor y sufre de Alzheimer, se haya en situación de alta vulnerabilidad por sus escasos recursos económicos y la ausencia de persona alguna que pueda encargarse de sus cuidados, lo que no fue desvirtuado por la accionada ni en primera instancia ni en sede de impugnación. Respecto la historia clínica allegada en donde un especialista en urología se pronunció sobre la innecesaria asignación de un enfermero, ello solo tiene validez con respecto a la especialidad que este conoce y no sobre el conjunto de enfermedades descrito.

Sobre el tratamiento integral otorgado, la Corte Constitucional reiteró en sentencia T-387 de 2018 que "(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer **se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas,** de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente" (negrilla y subrayado fuera del texto original).

En conclusión se obtiene que la tutela tiene una característica preventiva y que la misma es viable cuando existe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable a los bienes fundamentales de la accionante, lo que se encuentra demostrado debido a la edad de la parte activa y sus múltiples padecimientos, situación que toma relevancia debido a la condición de sujeto de especial protección de esta. Igualmente se obtiene que, es viable ordenar tratamientos y servicios de salud, cuando el estado de vulnerabilidad es evidente, como en este caso. En lo que tiene que ver con enfermos de cáncer, se debe garantizar la atención integral como fue ordenado y en lo que respecta al enfermero, se encuentra que la prueba aportada en esta instancia, no tiene peso suficiente para desvirtuar lo señalado por el *A quo*.

Por lo tanto, se confirmará la decisión de origen, fecha y naturaleza reseñados.

Por las razones que se dejan expuestas el JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

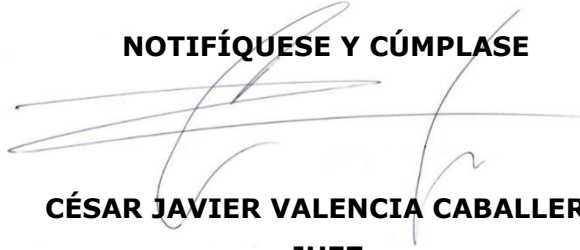
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de origen, fecha y naturaleza reseñados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados por el medio más eficaz.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión legal.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE



CÉSAR JAVIER VALENCIA CABALLERO
JUEZ

**Consejo Superior de la Judicatura
JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
Bucaramanga – Santander**

OFICIO No. 202
6/8/2021

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 2021-00055-01
ACCIONANTE: GLORIA BARÓN DE MANTILLA
ACCIONADO: SALUD TOTAL E.P.S.

Señores,
JANETH TATIANA ABDALLAH CAMACHO
Defensora Pública
davillarreal@defensoria.edu.co
dariov55@hotmail.com

Representante Legal
Administradora de Los Recursos del Sistema General de
Seguridad Social en Salud "ADRES"
Notificaciones.judiciales@adres.gov.co

Gerente y/o Representante legal
Entidad Promotora de Salud EPS SALUD TOTAL
notificacionesjud@saludtotal.com.co

JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE
BUCARAMANGA, DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA, SANTANDER
j06pmfcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

LAS COMUNICACIONES POSTERIORES A LA NOTIFICACIÓN DEL PRESENTE FALLO
DE TUTELA PUEDEN ALLEGARSE AL CORREO: j10pctobuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

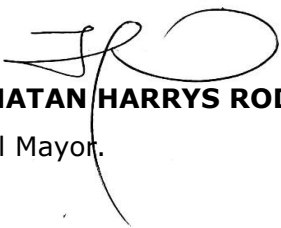
Para su conocimiento y demás fines consiguientes, me permito transcribirle la parte resolutive del fallo de tutela de segunda instancia:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de origen, fecha y naturaleza reseñados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados por el medio más eficaz.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión legal.

Cordialmente,


JHONATAN HARRYS RODRÍGUEZ VESGA
Oficial Mayor.