

República de Colombia



Rama Judicial Del Poder Público

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá. D. C., once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Radicado: 2021-00031

Accionante: DULCE MARIANA MELO BERNAL representada por su progenitora SANDRA PATRICIA BERNAL DELGADO.

Accionados: DIRECCION DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL.

I.- ASUNTO:

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

II.- ACCIONANTE:

Se trata de la menor **DULCE MARIANA MELO BERNAL**, representada por su progenitora SANDRA PATRICIA BERNAL DELGADO, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad.

III.- ACCIONADAS:

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **DIRECCION DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

La petente cita los derechos a la **VIDA DIGNA, IGUALDAD, SALUD y SEGURIDAD SOCIAL.**

V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA:

Aduce la accionante que su menor hija DULCE MARIANA MELO BERNAL de 13 años, es beneficiaria de los servicios de salud de la accionada, quien fue diagnosticado de "*Parálisis Cerebral Espástica*", por lo que depende de una tercera persona para realizar todas sus actividades.

Afirma que al llegar a la adolescencia DULCE MARIANA fue diagnosticada de "trastorno depresivo y trastorno de agresividad", situación que dificulta sus cuidados diarios.

Sostiene que la discapacidad de su menor hija no le permite vivir de manera digna sin la ayuda de una tercera persona, siendo ellos como padres quienes han puesto a disposición de DULCE MARIANA todos sus esfuerzos físicos y económicos para brindarle una vida digna a lo largo de sus 13 años, empero, dichos esfuerzos se han visto disminuidos por el estado de salud de sus cuidadores, haciendo difícil y peligrosa la tarea de sus cuidados.

Dice que en la actualidad el padre de la infanta accionante cuenta con 61 años y su diagnóstico médico indica que padece de cansancio de cuidador, desgaste de cartílago en rodilla y dedo en gatillo, enfermedades que

disminuyen la fuerza, sin permitirle controlar a la menor en los cuidados que ella requiere.

Refiere que como progenitora de DULCE MARIANA quien pesa 54 kilogramos y mide 1.50 metros, debe asumir su cuidado diario, situación que se repite los siete días de la semana sin descanso alguno, disminuyendo así su fuerza física día a día, sumado a que su capacidad económica no le permite asumir la carga laboral de una enfermera que le ayude con dicha tarea.

Manifiesta que debido a lo anterior su salud física y mental se ha visto disminuida como se extrae de su historia clínica, por lo que en la actualidad viene siendo valorada por ortopedia debido a las lesiones cervicales y lumbares que le diagnosticaron, al parecer como consecuencia de cargar el peso de la menor, igualmente es tratada por el síndrome de cansancio del cuidador.

Arguye que el 21 de octubre de 2020 radicó petición ante la accionada a fin de que le fuera autorizado el servicio domiciliario de enfermería para atender las necesidades de la menor accionante, petición que le fue negada.

Señala que en vista a que ni la EPS accionada, ni los médicos tratantes de DULCE MARIANA le prescribieron la necesidad de la enfermera y/o cuidador de tiempo completo, buscaron la opinión de un médico particular, quien les dio la razón a su pedimento.

Pretende con esta acción constitucional le sean tutelados los derechos fundamentales invocados, ordenándole a la accionada le autorice a DULCE MARIANA MELO BERNAL la prestación del servicio domiciliario de enfermera y/o cuidador las 24 horas del día.

VI.- TRAMITE PROCESAL:

Mediante auto fechado 29 de enero de 2021 se admitió la solicitud, se ordenó notificar a la entidad accionada, a quien se le solicitó un informe respecto a los hechos reseñados.

DIRECCION DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL indicó que a la menor accionante se le han prestado todos los servicios de salud que ha requerido, en relación al servicio de enfermería que pretende no acreditó que lo requiera, pues no hay orden médica en ese sentido, frente al cuidador, le corresponde en principio a la familia prodigar dicha atención y cuidado, en el caso de la petente, cuenta con una familia como red de apoyo con medios económicos, razón por la cual no le ha vulnerado a la menor demandante los derechos fundamentales por ella invocados.

VII- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El art. 11 de la C.P. consagró el derecho a **LA VIDA**, en dicho normativo se dispuso: **"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"**.

Sobre ese mismo derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia T-370 de 1998, Magistrado **ALFREDO BELTRAN SIERRA**, dijo:

"La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor, que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido"

LA SALUD es ahora un derecho elevado a categoría de fundamental autónomo.

Respecto de ese tema, en Sentencia T-121/15 la Corte Constitucional expresó:

"3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción."

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la Salud por parte del Estado, pues aquél fue consagrado a cargo de este como un servicio público, el cual comporta garantizar **"a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"**, correspondiéndole al ente estatal **"organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes..."** (art. 49 de la C.N.).

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud ostenta la categoría de fundamental, *“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias –, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.*

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental” (Sentencia T-859 de 2003).

VIII.- PROBLEMA JURIDICO

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si la accionada le ha vulnerado a la menor accionante los derechos fundamentales por ella invocados, al no autorizarle el suministro de enfermería domiciliaria y/o cuidador las 24 horas del día.

IX.- CASO CONCRETO

Los anteriores razonamientos jurisprudenciales aplicados al caso en estudio, acorde con las pruebas allegadas al expediente y la manifestación efectuada por la accionante, llevan a la conclusión que debe **CONCEDERSE** la presente acción constitucional por las siguientes razones:

Demostrado se encuentra que la menor accionante DULCE MARIANA MELO BERNAL fue diagnosticado de *“PARALISIS CEREBRAL TIPO CUADRIPLASIA ESPASTICA, SECUELAS DE PREMATUREZ EXTREMA, PRESENTA DISCAPACIDAD MOTORA PERMANENTE, COMPROMISO DE LAS 4 EXTREMIDADES DICHA CONDICION ES PERMANENTE E IRREVERSIBLE”* (página 3 - anexos), quien se encuentra afiliada como beneficiario en el plan de salud de la Policía Nacional.

Un supuesto de la acción de tutela contra una E.P.S. es que el médico tratante adscrito a ese ente, hubiese ordenado algún medicamento, hospitalización, cirugía, tratamiento o cualquier procedimiento médico, y la entidad lo hubiera negado.

No obstante, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que dicho requisito no es absoluto y que, en ciertos casos, así no exista orden médica, deben ser ordenados elementos no incluidas en el PBS, ello teniendo en cuenta la patología que padece el accionante, que influya en que no pueda gozar de una calidad de vida en óptimas condiciones.

Al respecto dicha corporación en sentencia T-336/18 dijo *“(iii) Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún*

concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante”.

En cuanto a los servicios solicitados por la accionante, esto es, enfermería y/o cuidador, no existe en el expediente orden médica al respecto, sin embargo, del diagnóstico visto en la página 3 del archivo “anexos”, se extrae que Dulce Mariana tiene una afectación de Parálisis Cerebral, lo que le genera limitación en su desarrollo locomotor básico.

La Corte Constitucional en sentencia T-423/19 en relación al servicio de cuidador y auxiliar de enfermería señaló **“Las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida”.**

Para el caso en estudio, la progenitora de la menor accionante basa la pretensión del servicio solicitado en la limitación física y económica que actualmente presentan los padres de DULCE MARIANA para brindarle el apoyo permanente en su cuidado, en ese sentido, no es procedente el servicio de enfermería, ya que como lo advierte la Corte para éste se requiere de una orden médica proferida por el médico tratante, dado que el Juez constitucional se encuentra vedado para ordenar servicios **“fuera del ámbito de su experticia”.**

Sumado a ello, siendo la atención domiciliaria **“...un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar^[72], en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos^[73].”** (sentencia T-423-19).

Frente al suministro de cuidador, procede el despacho a analizar si en el sub-lite se dan presupuestos constitucionales para que ello proceda.

Conforme lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, la figura del cuidador debe ser garantizado en principio por el núcleo familiar del paciente, empero, excepcionalmente procede su suministro por parte de la EPS, incluso sin tener orden médica, cuando el núcleo familiar se encuentra imposibilitado para brindar el apoyo permanente.

Junto con el escrito de tutela la accionante aportó la historia clínica de HECTOR JULIO MELO y SANDRA PATRICIA BERNAL DELGADO padres de DULCE MARIANA, respecto del primero, con diagnósticos de **“dedo en gatillo”**, **“dolor en articulación”** y **“cansancio de cuidado”**, en tratamiento, en relación con la segunda, **“cervicalgia”**, igualmente en tratamiento.

Conforme el informe socio familiar y económico realizado por la accionada a la accionante, se observa que allí se indica que el núcleo familiar de DULCE MARIANA se encuentra conformado por ella y sus padres, pues su hermana tiene un hogar establecido aparte.

Así las cosas, es evidente que la menor accionante en atención a su estado de salud requiere de un cuidador permanente, y si bien es cierto, dicha tarea la vienen ejerciendo sus padres, no lo es menos, que estos se encuentran imposibilitados para brindarle el apoyo permanente teniendo en cuenta que el estado de su salud se ha visto comprometido como se desprende de la epicrisis de ellos aportada, razón por la cual le corresponde a la EPS accionada suplir dicha deficiencia a fin de garantizarle la efectividad de los derechos fundamentales de DULCE MARIANA, a fin de que apoye a su familia en su cuidado.

En cuanto a la capacidad económica de la accionante para sufragar el costo del cuidador que solicita por vía de tutela, ésta se encuentra demostrada, ya que, al ser una negación indefinida de la progenitora de la menor, conforme el inciso final del art. 167 del C.G.P., no requiere de prueba, aceptándose que su hogar no tiene la capacidad para sufragar los gastos económicos que aquellos generan; sumado a ello, la accionada no desvirtuó dicha afirmación.

En la sentencia antes señala la Corte Constitucional dijo en relación con la capacidad económica que ***“En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, la jurisprudencia ha dicho que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada Sentencia T-760 de 2008, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”***.

Así las cosas, se accederá a la pretensión de la accionante en cuanto al suministro del cuidador de lunes a domingo, ocho (8) horas al día, a fin de que apoye a la familia de la menor tutelante en su cuidado, que se estima una jornada diaria razonable para que los progenitores puedan ocuparse de sus asuntos personales.

En lo tocante a ordenar el recobro ante el ADRES, como lo solicita la accionada, al respecto se le observa que éste no procede, toda vez que las EPS están obligadas a prestar oportunamente la atención médica aun cuando se trate de procedimientos, medicamentos y demás que no se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud, y su derecho a repetir el valor de las prestaciones que deba atender con ocasión del cumplimiento de un fallo de tutela no surge propiamente de la orden que imparta el funcionario judicial sino del suministro de los servicios que no se encuentren incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, lo que debe acreditar ante la entidad, en este caso, ante el ADRES.

Sobre el punto se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, así:

“6.2.1.1.5. En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada conforme a la Constitución, en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC. En relación

con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios".

IX.- DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**. D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud en conexidad con la vida de la menor accionante **DULCE MARIANA MELO BERNAL** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada **DIRECCION DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL** a través de su representante legal o quien haga sus veces que, en el improrrogable término de 48 horas siguientes a partir de la notificación de este fallo, le autorice a **DULCE MARIANA MELO BERNAL** el suministro del servicio de cuidador de lunes a domingo, ocho horas diarias, a través de la IPS que elija de su listado de prestadores de servicios de salud, para el cumplimiento de esta orden.

TERCERO: DISPONER, por secretaría, la notificación de esta sentencia por el medio más expedito y eficaz, indicando a las partes que pueden impugnarla en los 3 días siguientes.

CUARTO: ORDENAR que, si esta sentencia no es impugnada, se remita el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo, en el término previsto en el Decreto 2591 de 1991. **OFICIESE.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO

JUEZ

MCh.

Firmado Por:

**WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación:

8fc98d00fef40dfe428c4f63c28c08bd69210c5b734751b572714889a3029736

Documento generado en 11/02/2021 11:03:20 AM

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