

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

SENTENCIA DE TUTELA No. 002

Radicación: 76-001-31-07-003-2023-00002-00
Agente Of.: FERNANDO BARRERA
MONTENEGRO
Accionante: ALBA CENAIDA MONTENEGRO
Accionado: NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE
SALUD – NUEVA EPS

Santiago de Cali, veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023)

I.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a emitir el fallo que en derecho corresponda dentro de la Acción de Tutela promovida por el señor FERNANDO BARRERA MONTENEGRO actuando como agente oficioso de la señora **ALBA CENAIDA MONTENEGRO DE BARRERA** en contra de la **NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS**.

II.- ANTECEDENTES

Los hechos en que fundamenta el agente oficioso su solicitud se sintetizan así:

1. Señala que la señora **ALBA CENAIDA MONTENEGRO DE BARRERA** es una paciente de 88 años y presenta un diagnóstico de “obstrucción intestinal descartada ileo paralítico – hipocalemia moderada”.
2. Como consecuencia de sus patologías, se le practicó TAC en abdomen arrojando como resultado “SOBREDISTENSION DE LA VEJIGA CON HIDRONEFROSIS BILATERAL SECUNDARIA”.
3. Después de realizar un recuento de la atención en salud que ha recibido por cuenta de su diagnóstico en los meses de junio y julio de 2021, refiere que el 25 de octubre de ese mismo año el urólogo Gino Alberto Arbeláez Cortés ordena el procedimiento consistente en la introducción por espacio de cada 4 horas de catéter vesical individual, por lo que se requiere el

cambio del dispositivo médico ordenado con el fin de drenar la vejiga de la paciente.

4. Posteriormente, indica que el 07 de febrero se establece comunicación telefónica con el servicio de salud ofrecido por la **NUEVA EPS** a través del Convenio Cuidarte en Casa, donde le informan que el paquete de servicio no está incluido en el contrato con la EPS, por lo que el procedimiento debe ser solicitado directamente a esa entidad.
5. Resalta que el núcleo familiar de la paciente se encuentra conformado por su cónyuge de 92 años quien padece dificultades visuales, y además, tiene a cargo un hijo con situación de discapacidad de 45 años.
6. Manifiesta que el procedimiento de cambio de catéter vesical actualmente lo realiza el cónyuge de la paciente con la grave consecuencia de exposición a infecciones por cuanto él no es especialista en esta área, razón por la que se le practicó urocultivo arrojando como resultado positivo para bacteria con afectación del sistema urinario.
7. De esto, indica que se debe a la falta de servicio de auxiliar de enfermería y que para evitar amenazas a su salud se apoyan en una vecina del sector para la instalación del catéter vesical.
8. Por lo anterior, solicita al Juez de tutela se ordene a la entidad autorizar y programar atención integral al adulto mayor por profesionales en medicina interna, nutrición, fisioterapia de manera presencial. Además, que se dé cumplimiento a la prescripción médica del urólogo Gino Alberto Arbeláez Cortés, procedimiento consistente en la introducción por espacio de cada 4 horas de catéter vesical individual por parte de enfermera profesional como modalidad de atención domiciliaria, informando el cronograma de cumplimiento de esta asistencia.
9. También solicita que se continúe con el tratamiento prescrito hasta la rehabilitación de la paciente bajo el cateterismo urinario, el cual debe ser intermitente y no permanente, en razón a los riesgos por infección del tracto urinario de la paciente adulta mayor. Por último, indica que se debe ofrecer un tratamiento integral a la paciente en razón a sus patologías y brindársele por parte de la accionada, acompañamiento psicológico y psiquiátrico en razón a su largo proceso de rehabilitación.

III.- IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE

FERNANDO BARRERA MONTENEGRO identificado con cédula de ciudadanía No. 16.730.129 expedida en Cali (V) actuando como agente oficioso de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA** identificada con cédula de ciudadanía No. 29.269.727 expedida en Buga (V), con dirección electrónica de notificaciones fernandobamon@live.com.ar y fernandobamons19@gmail.com

IV.- IDENTIDAD DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante auto de sustanciación No. 007 del 17 de enero de 2023 se dispuso avocar el conocimiento de la acción invocada y se ofició a las entidades para que rindieran el informe respectivo sobre lo manifestado en el escrito de tutela, entregando la siguiente respuesta frente a los hechos expuestos.

NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS

La Dra. Diana Paola Gutiérrez Zarabanda en su calidad de apoderada especial de la entidad, mediante oficio del 18 de enero de 2023, indicó que dio traslado de la presente acción constitucional al área de salud para que informen las acciones realizadas en aras de garantizar la prestación de servicios de salud de la parte accionante.

Señala que la **NUEVA EPS** ha asumido todos los servicios solicitados por la paciente, siempre que los mismos se encuentren en la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha impartido el Estado colombiano.

Finalmente, manifiesta que en el presente asunto no es procedente conceder la atención integral reclamada, como quiera que no se ha demostrado vulneración a los derechos fundamentales de la accionante y se trata de eventos futuros e inciertos que constituyen una mera expectativa y no deben ser cubiertos por la acción de tutela.

V.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción pública de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas fue incorporada al sistema jurídico vigente mediante la Carta Política de 1991, y resulta procedente cuando quiera que éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares.

Esta herramienta, como instrumento que hace parte de las instituciones del Estado Social y Democrático de Derecho debe ser utilizada de manera residual, sumaria y eficaz con el objetivo señalado en la Carta Política que no es otro que la protección efectiva de los derechos fundamentales, y no en búsqueda de propósitos ajenos a ella, ni por fuera de los claros límites señalados en la normatividad que la rige.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política: *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Con fundamento en lo expuesto en párrafos anteriores, examinaremos si en el caso objeto de la decisión se reúnen los presupuestos necesarios para acceder a la acción de tutela solicitada, lo que se hará mediante el examen de las pruebas regularmente aportadas al trámite de la misma, tal como lo ordena el Art. 164 del Código general del proceso; así como también se tendrán en cuenta los argumentos de las partes.

En el caso objeto de estudio el agente oficioso alega la afectación de los derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana de su madre, la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA** argumentando que atendiendo a su diagnóstico de SEVERA SOBREDISTENSIÓN DE LA VEJIGA CON HIDROFRENOSIS BILATERAL SECUNDARIA, requiere la prestación del servicio de auxiliar de enfermería en casa para la realización del procedimiento denominado “introducción por espacio de cada 4 horas de catéter vesical individual”, prescrito por el médico tratante en urología, atendiendo a que actualmente el procedimiento lo realiza su cónyuge, quien no es la persona idónea para ello, lo cual pone en riesgo su vida. En ese contexto, la acción de tutela se muestra como la medida que constituye el camino adecuado para resolver sobre la cuestión planteada, por cuanto se erige como el único medio de defensa judicial que pueda en un momento dado disponer la protección de sus derechos fundamentales, en caso de que sea verificada su vulneración por parte de la entidad accionada.

Para la procedencia de la acción de tutela, debe el Despacho analizar la viabilidad de disponer que la entidad accionada autorice el servicio reclamado, para lo cual se advierte que el agente oficioso discute la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, establecido en el artículo 49 de la Constitución Política:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)

La Corte Constitucional, en sus inicios, manifestó que como el derecho a la salud era de carácter social, estaba sujeto a un desarrollo progresivo, es decir que en principio no era un derecho del cual se pudiera exigir su aplicación inmediata; sin embargo, el Estado colombiano estaba en la obligación de proteger el nivel más alto posible de acuerdo a su capacidad institucional y a sus recursos económicos.

Con el paso del tiempo esta tesis fue reevaluada, pues el derecho a la salud fue protegido a través de la acción de tutela, pero para ello se recurría a la teoría de la conexidad, pues se consideraba que el derecho a la salud por sí solo no podía ser protegido a través de este mecanismo, sino que era necesario demostrar la afectación de un derecho fundamental.

Más adelante, ese Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico, social y cultural, ostenta la condición de fundamental, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección. En la sentencia T-859 de 2003, la Corte dejó de lado el argumento de la conexidad y dijo que la salud era por sí solo un derecho fundamental: *“el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”*.

En el mismo sentido, la Corte en la sentencia T-760 de 2008, reiteró lo anotado por la sentencia C-811 de 2007, la cual dispone *“que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles.”* Concluyó diciendo que de acuerdo a la

evolución jurisprudencial del derecho a la salud, no hay duda que en este momento el derecho es autónomo y por lo tanto fundamental, lo que permite hacerlo exigible de manera directa a través de la acción de tutela.

Lo anterior se acentúa cuando quien requiere de la prestación es un sujeto de especial protección, como las **personas de la tercera edad**, los menores de edad, personas en situación de discapacidad y mujeres embarazadas, etc. También gozan de una protección reforzada quienes padecen enfermedades ruinosas o catastróficas. De igual manera la Corte en innumerables oportunidades se ha pronunciado frente a casos donde los accionantes le solicitan al Juez de tutela que se le ordene a las entidades prestadoras de salud el suministro de servicios médicos o medicamentos que consideran necesarios para el tratamiento y recuperación de la enfermedad que padecen. Esa Corporación, al analizar este tipo de casos, ha sido reiterativa en que es necesario constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para conceder un servicio no incluido en el PBS, los cuales son:

“(i) que la falta del servicio médico que se requiere vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo necesita;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio o cuando esté científicamente comprobado que el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;

(iii) que el servicio haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, o aun no siendo así, la entidad no haya desvirtuado con razones científicas la necesidad de un tratamiento ordenado por un facultativo de carácter particular”

(iv) la falta de capacidad económica del peticionario para costear el servicio requerido.”¹

Recordemos nuevamente que el asunto planteado por el agente oficioso de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA** se remite a la presunta necesidad de una auxiliar de enfermería para la realización del procedimiento ordenado a su madre, el cual no está siendo garantizado por la **NUEVA EPS**, el cual debe ser practicado por una persona con conocimiento especiales en salud por los riesgos de infección a los que se expone la accionante.

Ahora, cabe destacar en este caso concreto, que la accionante cuenta con una historia clínica, expedida por el médico tratante², donde se evidencia el siguiente

¹ Sentencias T-1204 de 2000, T-648 y T-1007 de 2007, T-139 y T-144 y T-517, T-760 y T-818 de 2008, T-922 de 2009, T-189 de 2010, T-437 de 2010, T- 053 de 2011, T- 212 de 2011 y T-233 de 2011 entre muchas otras.

diagnóstico: OTRAS OBSTRUCCIONES DEL INTESTINO y HEMORRAGIA GASTROINTESTINAL NO ESPECIFICADA. De acuerdo con lo informado por el agente oficioso, el médico tratante Gino Alberto Arbeláez Cortés, ordenó el 25 de octubre de 2021 el procedimiento de introducción por espacio de 4 horas de catéter vesical individual. No obstante, como se advirtió en el trámite de avocar el conocimiento de la presente acción, la orden no fue aportada en los anexos de la tutela. Ante ello, el agente oficioso posteriormente remitió historia clínica del 03 de enero de 2023 en la que el médico urólogo Jesús Enrique Mosquera Angulo en consulta de control consigna que la paciente recibe un tratamiento de manejo con cateterismo vesical 4 veces por día con sonda prelubricada³.

El Despacho recibió respuesta por parte de la entidad accionada. Frente a las pretensiones de la accionante la NUEVA EPS se limitó a indicar que hasta la fecha se han prestado todos los servicios de salud requeridos por la accionante, por lo que no hay evidencia de una vulneración a sus derechos fundamentales y además, la solicitud de un tratamiento integral se torna improcedente por tratarse de eventos futuros e inciertos que no pueden ser abordados por la acción de tutela.

Con base en lo antes expuesto y valorados los elementos de prueba aportados en este trámite constitucional, advierte el Despacho que en lo que se refiere al servicio de enfermería en casa que solicita el agente oficioso, no están debidamente acreditados los requisitos para reclamar este servicio. Esto, si se tiene en cuenta que la Jurisprudencia Constitucional también ha sentado unas reglas de acatamiento obligatorio para el Juez de tutela, las cuales indican expresamente que procede únicamente en los casos que el médico tratante haya estimado pertinente su prescripción como alternativa para el mejoramiento de las condiciones de salud del agenciado, con apoyo en el artículo 26 de la Resolución 5269 de 2017.

Basta esta consideración para entender que en el caso de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA** no es procedente ordenar el servicio de enfermería, en tanto no existe una prescripción médica que lo avale, pues es el médico tratante quien cuenta con los criterios médico científicos propios de su profesión para ordenar este tipo de servicio, situación que no puede ser obviada por el Juez constitucional, so pena de exceder su competencia y ámbito de conocimiento. (Sentencia T-017 de 2021). Y en este asunto no se probó con suficiencia que el médico tratante que ordenó el tratamiento de la paciente, haya incluido en esa prescripción la necesidad de una enfermera en casa que asista

² Historia Clínica del 13 de junio de 2021 anexa al traslado de tutela.

³ Cfr. Documento denominado “05 Memorial agente oficioso sobre medida provisional” del expediente judicial electrónico de tutela.

el procedimiento en el tiempo y forma ordenados. Así entonces, no puede este Juez Constitucional extralimitarse en su ámbito de competencia ordenando la prestación de un servicio, sobre el cual no tiene conocimiento técnico de que proceda y tampoco el concepto de los médicos tratantes den cuenta de su necesidad.

Ahora bien, en esa misma sentencia constitucional se recuerda la figura del cuidador, quien es el encargado de brindar apoyo físico y emocional a las personas en condiciones de dependencia para la realización de actividades básicas que por su estado de salud no es posible que las ejecuten de manera autónoma. La Corte Constitucional ha determinado que al cuidador no se le exige el conocimiento calificado de un profesional en salud y, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente y no por el Estado.

De manera excepcional se ha considerado la imposibilidad material del miembro de la familia para hacer las veces de cuidador, para que el Estado asuma esta carga, así:

“[L]a imposibilidad material se configura cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; también porque (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”. (Sentencia T-017 de 2021).

De ahí que si bien, el Despacho no observa que por parte de la **NUEVA EPS** se estén vulnerando a la señora **ALBA CENaida MONTENEGRO DE BARRERA** los derechos fundamentales alegados en esta acción de tutela, pues no se comprobó su negativa a practicar o entregar los recursos necesarios para cumplir las órdenes médicas de los profesionales en salud, pues incluso, con la historia clínica del 03 de enero de 2023 quedó demostrado que a la paciente sí se le está practicando el procedimiento de reemplazo del catéter vesical; lo cierto es que surge la necesidad de evaluar la procedencia o no de prestarle el servicio de enfermería o en su defecto de un cuidador, para la correcta realización del tratamiento prescrito para el manejo de las patologías que aquejan constantemente su salud.

Por ello, se concederá el amparo al derecho fundamental a la salud solicitado en el sentido de ordenar a la entidad accionada si aún no lo ha hecho, convoque un comité multidisciplinario de médicos especialistas para que evalúen el actual estado de salud de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA**, con el propósito de determinar si por el estado de vulnerabilidad en que se encuentra por cuenta de sus patologías, requiere del servicio de enfermera domiciliaria o cuidador domiciliario para garantizar la prestación del servicio de introducción por espacio de cada 4 horas de catéter vesical individual en el tiempo y manera ordenados por el médico tratante.

Frente a las demás pretensiones, sobre el tratamiento integral y la atención en psicología y psiquiatría para la paciente, las mismas no tienen vocación de prosperar, porque hasta este momento se ha probado que la **NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS** ha garantizado la atención en salud de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA** y muestra de ello es su récord clínico, donde se muestra las diversas ocasiones en que ha sido atendida por sus patologías, así como la prescripción de medicamentos y recomendaciones al egreso en cada una de las oportunidades que ha acudido a consulta por urgencias o de control. Lo cierto es que el agente oficioso no demostró que la entidad se negara a prestar los servicios o entregar medicamentos que previamente han sido ordenados por los médicos tratantes y en cambio, su solicitud se basa en un concepto anticipado e infundado sobre la vulneración de derechos por parte de la accionada.

Sin más consideraciones de orden legal, el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE CALI**, actuando como Juez de Tutela por mandato de la Carta Política y por autoridad de la Ley,

VI.- RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA**, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS**, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, convoque un comité multidisciplinario de médicos especialistas para que evalúen el actual estado de salud de la señora **ALBA CENAI DA MONTENEGRO DE BARRERA**, con el propósito de determinar si por el estado de vulnerabilidad en que se encuentra por cuenta de sus patologías, requiere del servicio de enfermera domiciliaria o cuidador domiciliario para garantizar la prestación del servicio de introducción

por espacio de cada 4 horas de catéter vesical individual en el tiempo y manera ordenados por el médico tratante; debiendo informar al Despacho en forma oportuna el cumplimiento de lo aquí decidido.

Una vez cumplido lo anterior, en caso de obtener un resultado positivo, en un término máximo de siete (07) días hábiles deberá proceder a suministrar el servicio de enfermera o cuidador domiciliario en las condiciones y por el tiempo que prescriba el comité multidisciplinario o el médico tratante, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: INFORMAR a las partes que lo resuelto en este fallo podrá ser impugnado conforme lo ordenado en el art. 31 del Decreto 2591 de 1991. Si ello no ocurriere en término, se remitirá el expediente original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: REMITIR la actuación al Centro de Servicios de esta especialidad a fin de que se proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE DAVID MORA MUÑOZ
Juez