

## República de Colombia



### Rama Judicial Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

**Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)**

**Acción de tutela número:** 1100131040082020105

**Accionante:** Ruth Nelly Cubillos Castro como agente oficiosa de Ana Graciela Castro de Cubillos

**Accionada:** Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y la Dirección de sanidad Regional Bogotá

### Objeto

Procede el Despacho en primera instancia a resolver lo pertinente en relación con la acción de tutela instaurada por Ruth Nelly Cubillos Castro como agente oficiosa de Ana Graciela Castro de Cubillos, en contra de la Dirección Nacional de Sanidad de la Policía Nacional y la Dirección de sanidad Regional de Bogotá.

### Solicitud de tutela

Ruth Nelly Cubillos Castro manifestó que su progenitora Ana Graciela Castro de Cubillos tiene 78 años de edad y padece de «diabetes, hipertensión, hipotiroidismo, obesidad grado I, artrosis degenerativa, reemplazo de las dos rodillas, alzheimer el cual se encuentra en un estado muy avanzado, necesita acompañamiento para todas sus funciones básicas se le debe dar el alimento, bañarla hacerle cambio de pañal, el habla es muy poca y mucho menos se levanta, ya que ha perdido la fuerza en sus extremidades y en general en su cuerpo al punto de ni siquiera sostener su cabeza, ni permanecer si quiera sentada por un corto tiempo; la sección de salud mental de la Dirección de Sanidad indico que su deterioro es progresivo» (sic).

Informó que su representada frecuentemente padece de infecciones urinarias, que en atención a la pandemia por Covid-19, las citas médicas han sido más escasas y como se realizan a través de llamada telefónica, no le han tomado los signos vitales, lo que llevó a que en una ocasión hiciera trombosis venosa profunda en ambas piernas sin que los médicos se dieron cuenta, hasta que la llevó por urgencias, dejándola hospitalizada el 7 de agosto del año en curso.

Aseguró ser la cuidadora de Ana Graciela Castro de Cubillos, contar con 52 años de edad, carecer de trabajo, tener dos hijos, uno de 27 años de edad, quien le ayuda económicamente y otra de 33 años, quien actualmente padece de «esclerosis múltiple y se ha encontrado incapacitada desde el año 2016», por lo cual se encuentra dedicada de lleno al cuidado de su madre y su hija.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Afirmó que en repetidas ocasiones ha solicitado apoyo a la Dirección de Sanidad de la policía de una enfermera, comoquiera que su salud también se ha visto afectada, pero la negación ha sido permanente. Asimismo, ha solicitado en calidad de préstamo o donación una cama hospitalaria, teniendo en cuenta que su madre no se sostiene cuando está sentada, sin tener ningún tipo de progreso.

En consecuencia, solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales de salud, vida digna, integridad personal e igualdad y se le ordene a la accionada el suministro del servicio de enfermería y de una cama hospitalaria.

### **Actuación Procesal**

El 18 de agosto del año que avanza, este Despacho avocó conocimiento de la acción de tutela y en consecuencia, corrió traslado de la demanda a la entidad accionada, para que en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones.

### **Respuesta de las accionadas**

- Dirección de Sanidad de la Policía Nacional

A través de Mayor Edison Javier Cantor Olarte, líder de procesos de tutela, manifestó que la dirección es una dependencia de la Policía Nacional, que a su vez es una dirección dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Defensa Nacional, encargada de administrar el Subsistema de Salud e implementar las políticas que emita el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; y los planes y programas que coordine el Comité de Salud de la Policía Nacional respecto del Subsistema de Salud de la Policía Nacional. Que la normatividad constitucional y legal, los ha facultado para delegar y desconcentrar funciones, en virtud a que la Dirección de Sanidad cuenta con 115 establecimientos de salud (de acuerdo a Resolución No 560 del 20 diciembre de 2019), con aproximadamente 608.769 afiliados.

Indicó que el Decreto 4222 del 23 de Noviembre de 2006 en su artículo 2, numeral 8, faculta al Director General de la Policía Nacional de Colombia para expedir dentro del marco legal de su competencia, las resoluciones, manuales, reglamentos y demás actos administrativos necesarios para administrar la Policía Nacional, por lo tanto es importante que se tenga en cuenta, el contenido de la Resolución número 05644 del 10 de Diciembre de 2019 proferida por el Director General de la Policía Nacional, en la que se «*Define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional*», consagrando la desconcentración y delegación de funciones, en las Unidades Prestadoras de Salud.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En vista de lo anterior, señaló que la Unidad Responsable del Cumplimiento a la Acción Constitucional es la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá, liderada por el señor Coronel Mauricio Alexander Piñeros Cortes.

- Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá

El Coronel Mauricio Alexander Piñeros Cortes, jefe seccional de sanidad de la ciudad de Bogotá dio respuesta indicando que la usuaria Ana Graciela Castro de Cubillos es beneficiaria del servicio de salud y su esposo José German Cubillos Rey, el titular cotizante, como agente con asignación de retiro.

Del escrito enviado por la accionada, se observan los múltiples capturas de pantalla de las copias de los diferentes informes y conceptos médicos, así:

1. A la usuaria se le han suministrado todos los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes y a la fecha no tiene pendientes por reclamar, indicando que la fecha de entrega de los fármacos está previamente establecida, e hizo alusión al proceso de parametrización de nuevas programaciones o reserva de medicamentos.
2. Existe una acción de tutela previa ante el Juzgado 8° Penal del Circuito Especializado de Bogotá y una solicitud de apertura de incidente de desacato, por el no cumplimiento de lo allí ordenado. Sin embargo, ya se cumplió con lo ordenado en el fallo inicial.
3. Se ha prestado el servicio de atención domiciliaria a la beneficiaria, pero no cumple los criterios establecidos para la asignación del servicio de enfermera.

Para finalizar, informaron que del estudio socioeconómico realizado a la usuaria arrojó que no es viable el servicio de enfermería, debido a que las actividades pertinentes para el cuidado de la paciente están asociadas al ABC del paciente y puede ser suplida por un familiar.

### **Competencia**

Es competente este Juzgado de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que fija el factor territorial.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, norma vigente al momento del reparto y que modifica lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la solicitud fue correctamente asignada, en la medida que el conocimiento de las acciones de esta naturaleza que recae en un juzgado constitucional del circuito.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

## Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del Juez Constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3° del Decreto 2591 de 1991.

Por ser un mecanismo especial, excepcional, subsidiario, no pensado como medio para usurpar ni sustituir las competencias judiciales ordinarias y naturales legalmente establecidas para la discusión y solución de conflictos a diario suscitados en medio de las relaciones entre el Estado y los coasociados, por mandato de la misma disposición superior, esta acción pública solo puede proceder ante la ausencia de otros medios judiciales de defensa al alcance del interesado, para hacer efectiva la garantía de sus derechos, salvo que la misma sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La presente queja constitucional, de acuerdo con el libelo de la demanda, señala a la Dirección Nacional de Sanidad de la Policía Nacional y la Dirección de sanidad Regional Bogotá de vulnerar los derechos fundamentales de salud, vida digna, integridad personal e igualdad de Ana Graciela Castro de Cubillos, a quien no le han brindado el servicio de enfermería ni una cama hospitalaria.

- Procedencia de la acción de tutela: legitimación por activa

El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa. Es así como la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado en Sentencia T-511 de 2017 reiteró:

*«Con respecto a la legitimación del agente oficioso, en las sentencias T-452 de 2001, T-372 de 2010, y la T-968 de 2014, este Tribunal estableció que se encuentra legitimada para actuar la persona que cumpla los siguientes requisitos: (i) la manifestación que indique que actúa en dicha calidad; (ii) la circunstancia real de que, en efecto, el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, ya sea dicho expresamente en el escrito de tutela o que pueda deducirse del contenido de la misma; y (iii) la ratificación de la voluntad del agenciado de solicitar el amparo constitucional.*

*En concordancia con lo anterior, en la sentencia SU-173 de 2015, reiterada en la T-467 de 2015, la Corte indicó que por regla general, el agenciado es un sujeto de especial protección y, en consecuencia, la agencia oficiosa se encuentra limitada a la prueba del estado de vulnerabilidad del titular de los derechos.*



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbct@cendoj.ramajudicial.gov.co

*En esta oportunidad, la Corte reitera la regla jurisprudencial que establece que una persona se encuentra legitimada por activa para presentar la acción de tutela, cuando demuestra que tiene un interés directo y particular en el proceso y en la resolución del fallo que se revisa en sede constitucional, el cual se deriva de que el funcionario judicial pueda concluir que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante. Asimismo, **la legitimación por activa a través de agencia oficiosa es procedente cuando: (i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa en tal calidad; (ii) el titular del derecho es una persona en situación de vulnerabilidad, que por sus condiciones físicas o mentales no pueda ejercer la acción directamente; y (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional.** (negrilla fuera del texto original)*

*Es necesario aclarar que la jurisprudencia ha entendido que, cuando se presentan los dos primeros supuestos, se acreditan los requisitos de legitimación en la causa por activa del agente y en consecuencia el juez debe pronunciarse de fondo. Es necesario precisar, que los elementos normativos señalados no pueden estar condicionados a frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues existen circunstancias en las que una persona no puede actuar a nombre propio, lo que justifica que un tercero actúe como su agente oficioso, por lo que cada situación deberá ser valorado por el juez.»*

La Corte Constitucional en Sentencia SU-173 de 2015, con la ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo estableció que:

*«Frente al primer requisito, la Corte ha sostenido que por el carácter informal de la acción de tutela, la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito. En relación con el segundo aspecto, la Corte ha precisado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario. La incapacidad a la que se hace referencia cuando se habla de agencia oficiosa, atenúa la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física o mental del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda; o bien, derivarse de especiales circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico o la situación de especial marginación o indefensión en que se encuentre el afectado para asumir la defensa de sus derechos. Por ello, es un deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la imposibilidad a partir de los antecedentes del caso concreto».*

En el caso que ocupa la atención del Juzgado, Ruth Nelly Cubillos Castro interpuso tutela como agente oficiosa de Ana Graciela Castro de Cubillos, quien padece varias patologías, como son «diabetes, hipertensión, hipotiroidismo, obesidad grado I, artrosis degenerativa, reemplazo de las dos rodillas, alzheimer el cual se encuentra en un estado muy avanzado, necesita acompañamiento para todas sus funciones básicas se le debe dar el alimento, bañarla hacerle cambio de pañal, el habla es muy poca y mucho menos se levanta, ya que ha perdido la fuerza en sus extremidades y en general en su cuerpo al punto de ni siquiera sostener su cabeza, ni permanecer si quiera sentada por un corto tiempo; la sección de salud mental de la Dirección de Sanidad indico que su deterioro es progresivo» (sic), lo cual no le ha permitido continuar su vida en condiciones normales. De manera que se acredita plenamente la legitimación en la causa por activa.





**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En el caso sub examine, Ana Graciela Castro de Cubillos se encuentra afiliada Régimen especial del sistema de seguridad social en salud aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional, en este caso al régimen de la Policía Nacional, en calidad de beneficiaria de su esposo José German Cubillos Rey, quien es el titular cotizante, como agente con asignación de retiro<sup>1</sup>.

- Derecho a la Salud

Frente al derecho a la salud, la Corte Constitucional en sentencia T-1065 de 2012 con ponencia del Magistrado Alexei Julio Estrada indicó:

*«En reiterada jurisprudencia emitida por esta Corporación se ha dispuesto que el derecho a la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo. Según el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional y servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*

*(...)*

*En conclusión, el derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional.»*

*«La Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, dispuso que el Sistema Integral de Seguridad Social, contenido en esa normativa, no se aplicaría a los miembros de la Fuerza Pública ni de la Policía Nacional, por tratarse de un régimen especial que tiene algunas particularidades concretas.*

Luego, en la misma jurisprudencia se pronuncian frente al Régimen especial del sistema de seguridad social en salud aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional, así:

*«El Presidente de la República, haciendo uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, dictó el Decreto Ley 1795 de 2000 “Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, definiéndolo como un conjunto interrelacionado de instituciones, organismos, dependencias, afiliados, beneficiarios, recursos, políticas, principios, fundamentos, planes, programas y procesos debidamente articulados y armonizados entre sí, para el cumplimiento de la misión, cual es prestar el servicio público esencial en salud a sus afiliados y beneficiarios.*

*Igualmente, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, establece las políticas, principios, fundamentos, planes programas y procesos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, éste último es administrado*

<sup>1</sup> Folio 31 de la respuesta de la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares (en adelante CSSMP).

Ahora bien, respecto a los servicios médicos asistenciales que se encuentran contenidos en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, para los afiliados y beneficiarios al Sistema de Salud de las fuerzas Militares y de la Policía Nacional (en adelante SSMP), el Decreto 1795 de 2000, en su artículo 27, dispone que éstos se prestarán con sujeción a los parámetros que para tal efecto establezca este organismo, cubriendo la atención integral en enfermedad general y maternidad en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación, entre otros.

En virtud de lo anterior, el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, dictó el Acuerdo N° 042 del 21 de diciembre de 2005, "Por el cual se establece el Manual Único de Medicamentos y Terapéutica para el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", el cual, en su artículo 5 ordena la creación del Comité Técnico Científico de Autorización de Medicamentos fuera del Manual Único de Medicamentos y Terapéutica, cuya función principal es la de estudiar, analizar y conceptuar sobre la pertinencia de las solicitudes de prescripción de medicamentos no incluidos en el manual en mención, así como decidir sobre la autorización de su suministro, en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 7 del referido acuerdo y en cumplimiento con los requisitos establecidos en el artículo 4, de la resolución 462 del 2010».

Y de igual modo, frente al tema del acceso a prestaciones no contempladas en el Plan de Beneficios, se dijo:

Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan de Beneficios posee fundamento constitucional y en principio su cobertura se extiende únicamente a la prestación de los servicios que indique la ley, en este caso, a través de la determinación de los servicios comprendidos en el plan en mención y, en esa medida, se justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la salud y la vida digna.

La jurisprudencia de esta Corporación, en aplicación del artículo 4° superior, ha fijado condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan de Beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud cuando se excluyan prestaciones tendentes a la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud. En aras de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social, resulta necesaria la verificación de los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional que ha sintetizado de la siguiente manera con fin de restablecer los derechos vulnerados, a saber:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas;
2. Que no exista otro medicamento o tratamiento que pueda ser sustituido por el excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico tratante adscrito a la entidad prestadora de salud a la cual se halle afiliado el demandante.

*En conclusión, la exclusión de tratamientos, procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios, no debe interpretarse de manera rigurosa y absoluta, pues es plausible que en un caso concreto el juez constitucional, previa verificación de los anteriores requisitos, acuda a la excepción de inconstitucionalidad y proteja en consecuencia derechos fundamentales como la salud, la vida e integridad física, ordenando a la entidad accionada la ejecución de la conducta omitida, esto es, la entrega del medicamento, la realización de la prueba diagnóstica o la ejecución de la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante adscrito a la respectiva entidad prestadora de salud».*

Ahora, la agente oficiosa informó que cuenta con 52 años de edad, tiene 2 hijos, de los cuales el joven de 27 años de edad trabaja para poder ayudarla económicamente y la joven de 33 años de edad (Lina Paola Bello Cubillos), padece esclerosis múltiple progresiva recurrente y ha sido incapacitada desde el año 2016; que no cuenta con empleo, porque se dedicó en tiempo completo a cuidar a sus padres y su hija.

Manifestó que en repetidas ocasiones ha solicitado ante la accionada, la asignación de una enfermera explicando que su salud y fuerza han disminuido, ya que aparte de cuidar a su hija debe hacer lo propio con su madre, quien *«necesita acompañamiento para todas sus funciones básicas se le debe dar el alimento, bañarla hacerle cambio de pañal, el habla es muy poca y mucho menos se levanta, ya que ha perdido la fuerza en sus extremidades y en general en su cuerpo al punto de ni siquiera sostener su cabeza, ni permanecer si quiera sentada por un corto tiempo» (sic)* pero ello ha sido negado siempre, igual que la cama hospitalaria que también solicitó.

Revisando los elementos aportados por la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá, se observa que a esta acción antecede un fallo de tutela de fecha 21 de febrero de 2019, emitido por el Juzgado 8 Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, donde ordenó entre otras, la prestación del servicio de tratamiento integral, según lo prescribiera el médico tratante<sup>2</sup>, que se había pretendido lo mismo que se solicitó en el presente amparo constitucional, esto es, el *servicio de enfermería permanente* y además, existe un informe de fecha 24 de julio del presente año, donde se da cuenta del cumplimiento del fallo emitido el 21 de febrero de 2019.

Este Despacho solicitó al Juzgado 8 Penal del Circuito Especializado de esta ciudad que allegara los documentos correspondientes a la acción de tutela Número 2019-0014, pero como no fue contestado lo peticionado, se estableció comunicación a través de llamada celular con la ciudadana Ruth Nelly Cubillos Castro, quien allegó copia del fallo de tutela<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> Folio 14 de la respuesta de la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá

<sup>3</sup> Fallo de tutela de fecha 21 de febrero de 2019 en 12 folios





**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

del auto que decidió no dar apertura al incidente de desacato<sup>4</sup> y la historia clínica a nombre de su hija Lina Paola Bello Cubillos<sup>5</sup>.

Contrario a las afirmaciones que hizo la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1, se extrae que en la acción de tutela número 2019-0014 no se estudió el tema del *servicio de enfermería*, pues en ella solo se solicitó la asignación de diferentes citas médicas y el tratamiento integral, las cuales fueron concedidas, del siguiente modo:

«1° Tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de Ana Graciela Castro de Cubillos, según se expuso en la parte motiva de esta decisión.

2°. Ordenar a la Dirección de Sanidad y la Seccional de Sanidad de Bogotá – Cundinamarca de la Policía Nacional que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación de este fallo, disponga lo pertinente para la práctica del estudio polisomnográfico completo (con oximetría)<sup>1</sup> y el suministro del medicamento sitagliptina+metmorfina 50+100 mg<sup>2</sup> ordenados a Ana Graciela Castro de Cubillos por su médico tratante.

3°. Ordenar a la Dirección de Sanidad y la Seccional de Sanidad de Bogotá – Cundinamarca de la Policía Nacional la prestación de tratamiento integral, entendido éste como el que prescriba el médico tratante a Ana Graciela Castro de Cubillos con ocasión de sus patologías deterioro cognitivo multimodal moderado a severo, diabetes mellitus 2 tratada controlada I, hipertensión arterial tratada controlada, obesidad grado I, osteoartritis, polineuropatía por diabetes, hipotiroidismo en suplencia, incontinencia mixta, polifarmacia».

A su turno, en el auto que decidió no dar apertura al incidente de desacato se estableció:

«**Respecto a la pretensión de Ana Graciela Castro de Cubillos para que se le autorice enfermera** y se le dé una silla de ruedas, **este juzgado debe aclararle a la accionante que estos puntos no fueron ordenados en el fallo de tutela**; de manera que, no es procedente su solicitud a través de este trámite incidental. Lo que no obsta para que de considerar vulnerados sus derechos fundamentales por parte de la entidad accionada, por ese aspecto, pueda acudir a una nueva acción constitucional» (subrayado fuera del texto original).

Razones suficientes para que este fallador estudie lo solicitado por Ruth Nelly Cubillos Castro en favor de su madre, Ana Graciela Castro de Cubillos.

- El suministro de cuidador permanente en el Régimen de Seguridad Social en Salud.

Dentro de los informes emitidos por los médicos tratantes de la aquí agenciada, se observa que frente al tema del servicio de enfermería que: «no se considera viable, puesto que la condición actual del usuario no amerita atención de servicio de enfermería, teniendo en cuenta que no requiere manejo de heridas de alta complejidad, medicamentos intravenosos y/o equipos medicalizados, por tanto no requiere el apoyo de personal con conocimiento profesional o técnico en enfermería, así como también teniendo en cuenta que la pretensión de la peticionaria corresponde a la

<sup>4</sup> Auto que dispone archivar el incidente de desacato en 6 folios

<sup>5</sup> Historia clínica expedida por el Hospital Universitario Nacional en 6 folios



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

figura del CUIDADOR, la cual no requiere un perfil específico<sup>6</sup>»

De cara al tema del cuidador, el máximo órgano Constitucional en sentencia T-154 de 2014 con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerreo Pérez sostuvo:

*(...) Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (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 de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.*

*En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).*

*Así pues, los sujetos arriba mencionados son acreedores de un trato de especial protección por parte del Estado, la sociedad y, concretamente, de sus familiares más próximos o cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998 de la siguiente manera: “(...) 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 más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.*

*En lineamiento con lo previamente dicho, la sentencia T-1079 de 2001 sostuvo que “la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes”.*

*Cabe aclarar que tales deberes de solidaridad no obligan a sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las*

<sup>6</sup> Folio 40 (No. S-2020/JEFAT-GASIS 53.3, informe de visita domiciliaria de fecha 3 de febrero de 2020) de la respuesta aportada por la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá.



### Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

personas a quienes deban socorrer. No obstante, sí los obligan a no tomar decisiones que, con pleno desconocimiento del principio de solidaridad social y familiar, comprometan sin un motivo suficiente y proporcionado los derechos fundamentales de los sujetos objeto de protección.

En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia.

En concordancia con lo arriba planteado, es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013, en donde se afirmó lo siguiente:

*“En torno 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.”.*

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (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 si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.**

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, **el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.** (Negrillas fuera del texto original)

A su turno, la procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales fue estudiado por la corte Constitucional en Sentencia T-096 de 2016, donde



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

el Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, reiteró los siguientes pronunciamientos frente al tema:

*«Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran. El cuidador facilita, además, que en la mayor medida posible el paciente tenga y disfrute de los espacios que gozan la generalidad, como, por ejemplo, la realización de actividades manuales o lúdicas, de distracción y recreación, de deporte, etcétera.*

*Todo esto, por supuesto, dependiendo de las circunstancias en que se halle el sujeto, pues en algunos casos los servicios del cuidador se limitarán a la asistencia de la persona dependiente en la mera realización de sus actividades y necesidades básicas. Por ejemplo, cuando aquella tiene limitada drásticamente la locomoción y debe permanecer en un solo sitio la mayoría del día o en aquellos eventos en que su condición prácticamente le impide realizar todo tipo de actividades físicas, caso en el cual el cuidador se encarga de 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.*

*El servicio de cuidador, sin embargo, está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que 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». Dado principalmente 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 1998, reiterada en la providencia T-154 de 2014, esta 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 más 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. Pese a que sean 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». (Negrillas fuera del texto original)*

Es cierto que no existe un concepto médico que indique la necesidad de autorizar el servicio requerido, sin embargo, el argumento para no acceder a dicha solicitud estuvo encaminado a referir que la ciudadana Ana Graciela Castro de Cubillos no necesita de





**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

ningún tipo de asistencia médica pues lo requerido obedece a un cuidador<sup>7</sup>.

Los médicos tratantes señalaron lo siguiente: «De acuerdo a la sentencia T-096 del 2016 mediante la que la precipitada corporación determina que El servicio de cuidador está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que 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». Dado principalmente 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. Así, compete 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».

Lo anterior indica que la accionada por intermedio de sus galenos, se limitó a establecer que no se accede al servicio asistencial de enfermería toda vez que la paciente no requiere servicios de salud en concreto, pero no emitió un concepto médico, con los complementos pertinentes que descartan toda posibilidad de acceder a ello, aunado a que no se tuvieron en cuenta las condiciones en la que se encuentra Ana Graciela Castro de Cubillos, entre ellas, la gravedad de las enfermedades que la aquejan.

En lo concerniente a Ruth Nelly Cubillos, quien es la cuidadora, se destaca que no cuenta con un empleo, por lo cual carece de ingresos propios, tiene bajo su cuidado a sus dos padres y su hija, quien padece «esclerosis múltiple y se ha encontrado incapacitada desde el año 2016», la cual ha estado desarrollando esta enfermedad desde el año 2011<sup>8</sup> y actualmente se encuentra en exámenes de seguimiento de su enfermedad, así:

*2011: Inicia con pérdida de la visión bilateral y cefalea intensa y con déficit auditivo, además, estaba en postparto, tuvo en ese momento además una TVP. con recuperación de la visión a los 2 meses y en ese momento fue cuando consulto, dice que este enfoque inicio con medicina interna. Le hicieron una resonancia, pero sin confirmar diagnóstico.*

*2012: inicia con dolor de primer artejo de pie izquierdo y con debilidad en miembros inferiores, con hospitalización iniciando el 2013 en la Juan N corpas con estudios por 15 días y ahí ya le hicieron el diagnóstico de Esclerosis múltiple. Iniciaron manejo azatioprina y prednisolona con múltiples efectos adversos por los esteroides. Se recupera de los síntomas.*

*2013 diciembre hace una tercera recaída con debilidad en miembros inferiores de predominio izquierdo, sin mejoría de esto hasta ese entonces. Recibe pulsos de esteroides, inician Rituximab 1 gramo IV Día 0-Día 15 que se prescribió trimestralmente alcanzo a recibir 3 ciclos con mejoría de los síntomas. Se termina convenios de EPS y no pudo durante 2 años tener cita con neurología ni continuidad del tratamiento.*

*2016: Tuvo una caída de su altura y en ese momento tiene de nuevo cita con neurología Dr.*

<sup>7</sup> Folio 61 (No. 5-2020 - ARGES-RASES-3, informe de visita domiciliaria de fecha 18 de agosto de 2020) de la respuesta aportada por la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá.

<sup>8</sup> Historia clínica expedida por el Hospital Universitario Nacional en 6 folios, de fecha 8 de mayo de 2020





**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

*Ceron, le reconfirma diagnóstico de Esclerosis múltiple, le inician acetato de Glatiramero, sin uso continuo del medicamento por dispensación en la eps.*

*2018: Octubre nueva recaída con dolor neuropático de distribución radiculopatía en el miembro inferior derecha, con evidencia de nuevas lesiones en resonancias en hospital de san jose y recibió esteroides, desde ese entonces ya tiene marcha con bastón.*

*2019, De nuevo le dejaron orden de Rituximab con aplicación en mayo de 2019, con posterior bronquitis por lo cual ya no recibió más dosis sin tratamiento hasta el momento. No ha tenido nuevas recaídas».*

Si bien las obligaciones de los hijos hacia sus padres son para toda la vida, así como también les deben obediencia, cuidado y auxilio, aun después de que logren adquirir capacidad para obrar por sí solos en virtud de la mayoría de edad, para este asunto debe tenerse en cuenta que Ruth Nelly Cubillos no se ha desligado de su obligación como hija, pues ha cuidado de sus padres hasta la edad avanzada en la que se encuentran. Obsérvese que debe dividir su tiempo en los cuidados que debe proporcionarle a su hija y a su madre, quienes actualmente cuentan con diferentes patologías, sin contar con las tareas del hogar, pues en ningún momento se mencionó que tuviesen ayuda extra de una persona que hiciera las tareas domésticas, lo que le ha generado un desgaste físico, como lo narró en su escrito tutelar *«mi salud no da abasto mis fuerzas mucho menos»*.

Además, debe tenerse en cuenta la situación económica del núcleo familiar, en el que si bien, se sabe que Ana Graciela Castro de Cubillos tiene 6 hijos, de ellos, Ruth Nelly Cubillos (accionante) es la principal red de apoyo, porque vive en el mismo inmueble con ella, mientras sus cinco hermanos satisfacen las necesidades materiales, cumpliendo así con sus obligaciones legales como hijos, tal como lo indicó la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá<sup>9</sup>.

Ana Graciela Castro de Cubillos, ha afirmado en varias ocasiones, ante la trabajadora social y el médico que realiza las visitas domiciliarias, que los únicos ingresos que percibe son de \$1.900.000,00, producto de la asignación salarial de retiro de su esposo German Cubillos, de los cuales tienen gastos por el valor de \$1.460.000,00. Asimismo, son propietarios de dos inmuebles: la casa que actualmente habita y una finca en el municipio de Puente Quetame, la cual no genera ningún tipo de ingreso económico<sup>10</sup>.

Las anteriores aseveraciones no fueron desvirtuadas por la accionada, pese a que la Corte Constitucional ha precisado que *«la carga de la prueba correspondiéndole en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario»*<sup>11</sup>, aserto que al no ser controvertido, resulta suficiente para acreditar dicha afirmación, máxime en atención a la presunción de veracidad que ampara la solicitud de tutela.

<sup>9</sup> Folio 60 (No. S-2020 - ARGES-RASES-3, informe de visita domiciliaria de fecha 18 de agosto de 2020) de la respuesta aportada por la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá.

<sup>10</sup> Folio 60 (No. S-2020 - ARGES-RASES-3, informe de visita domiciliaria de fecha 18 de agosto de 2020) de la respuesta aportada por la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá.

<sup>11</sup> Sentencia T-683 de 2003.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Así las cosas, no autorizar el servicio de cuidador domiciliario para Ana Graciela Castro de Cubillos, argumentando que no se trata de un servicio de salud en concreto, afecta notablemente las garantías fundamentales de esta persona de la tercera edad, pues se trata de una persona de avanzada edad quien padece múltiples afectaciones de salud, lo que la convierte en sujeto de especial protección, siendo claro que requiere dicho servicio para poder sobrellevar su vida y afrontar sus patologías de manera apropiada.

En la Sentencia T-065 de 2018, en un caso con muchos aspectos análogos al presente, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

*«Ahora bien, respecto del fondo de la litis propuesta, la Sala considera que, en el presente caso la pretensión de la accionante se encuentra específicamente dirigida a obtener la autorización del servicio de enfermería que considera su hija requiere, pero respecto del cual no cuenta con orden médica que así lo dictamine. Por ello, resulta claro para esta Corporación que, el servicio de enfermería, al ser uno de naturaleza eminentemente médica y que propende por atender las particularidades de determinadas patologías, debe necesariamente ser ordenado por el médico tratante del afiliado, sin que pueda el juez constitucional abrogarse competencias que exceden su ámbito de experticia.*

*Se estima que la situación de especial vulnerabilidad de la menor accionante requiere ser abordada y resuelta, pues sigue necesitando de atenciones que su familia aduce no tener la capacidad física y económica de garantizarle.*

*Al respecto, concluye la Sala que, dado el tipo de cuidados que requiere la accionante, estos se pueden encontrar comprendidos dentro del servicio que se ha denominada como de “cuidador”, el cual ha sido reiteradamente analizado por esta Corporación. En consecuencia, considera necesario estudiar la viabilidad de realizar un pronunciamiento ultra y extra petita que ordene el suministro de este servicio complementario.*

*La Corte evidencia que el servicio de cuidador, en virtud del principio de solidaridad, ha sido reconocido como uno que debe ser asumido, en principio, por el núcleo familiar del paciente; sin embargo, esta misma Corporación ha reconocido que dicha exigencia no es absoluta en cuanto existen eventos excepcionalísimos en los que resulta desproporcionado mantener este requerimiento, pues, una interpretación en contrario, implicaría desconocer la dignidad del paciente y afectar los derechos de su familia.*

*De ahí que, cuandoquiera que (i) resulte evidente la necesidad de esta clase atenciones por parte del paciente, y (ii) su núcleo familiar se encuentre materialmente imposibilitado para otorgarlas<sup>12</sup>, se hace mandatorio que sea el Estado quien entre a suplir dicha imposibilidad y garantice la prestación del servicio.*

*De conformidad con lo expuesto, para la Sala resulta claro que, dadas las condiciones particulares de la accionante y de su núcleo familiar, estos requisitos se encuentran plenamente satisfechos.*

*Se considera que la accionante efectivamente requiere de cuidados relativos a su aseo*

<sup>12</sup> Esto es, que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo que contratar la prestación de ese servicio comporta.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

personal, alimentación, vestido, terapias de fisioterapia, cambio de posición, soporte de desplazamiento y cuidados para evitar escaras, entre muchos otros, y, con ocasión a las patologías que la afectan, no cuenta con la posibilidad de procurárselos por sí misma.

En relación con la capacidad de su núcleo familiar de otorgarle dichos cuidados, se tiene que (i) físicamente se encuentran incapacitados para el efecto, en cuanto (a) la madre de la accionante, en su condición de madre cabeza de familia, debe trabajar para procurar el sustento básico de su núcleo familiar y (b) los demás miembros de éste, son muy jóvenes o de la tercera edad y no pueden hacerse cargo de dichos cuidados. Adicionalmente, (ii) se evidencia que la accionante y su familia se encuentran calificados en el nivel 1 del Sisben, lo cual hace evidente la incapacidad económica en que se encuentran para sufragar los costos de contratar a alguien que cuide de la menor Gabriela Linares Robayo.

En conclusión, la Sala Novena de Revisión de la Corte constitucional decide conceder el amparo ius-fundamental invocado, pero no respecto del servicio de enfermería pretendida, sino en relación con el de “cuidador”, el cual se considera es aquel que le permitirá a la accionante superar el estado de indefensión en que se encuentra<sup>13</sup>. (Subrayas ajenas al texto).

- Solicitud de cama hospitalaria

En lo que tiene que ver con la cama hospitalaria, como fue narrado por la actora, su representada: « ... mucho menos se levanta, ya que ha perdido la fuerza en sus extremidades y en general en su cuerpo al punto de ni siquiera sostener su cabeza, ni permanecer si quiera sentada por un corto tiempo» (sic).

Además, como se indicó con anterioridad, la accionada no ha realizado una junta médica para valorar el tema de insumos necesitados por la usuaria, no emitió un concepto médico con los complementos técnico científicos pertinentes que descarten toda posibilidad de acceder a ello, pues lo único que aportó la demandada son los informes de diferentes visitas domiciliarias, donde en el último se consignó: «cama hospitalaria: no se considera viable, teniendo en cuenta que la usuaria en el momento no se beneficia de un dispositivo médico especializado, ya que no agrega beneficio médico en su proceso de rehabilitación y posible pronóstico<sup>14</sup>».

Es forzoso recordar, tanto la incompetencia del juez de tutela para fijar el tratamiento que se le debe brindar a un paciente, como la improcedencia de esta acción tuitiva, para disponer de servicios no ordenados por médico tratante.

De tiempo atrás, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional definió esta temática, es así como en la Sentencia T-234 de 2007 conceptuó:

«Los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a

<sup>13</sup> 19 de julio de 2017. M.P. Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarrago Ocampo.

<sup>14</sup> Folio 62 (No. S-2020 - ARGES-RASES-3, informe de visita domiciliaria de fecha 18 de agosto de 2020) de la respuesta aportada por la Regional de Aseguramiento en Salud No. 1 de Bogotá.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

*actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.” Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.” Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud. Es decir, los coloca como únicos sujetos directamente vinculados por las obligaciones legales de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, según las cuales los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente, esto es, idóneos. Como se ve, el principio normativo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, a partir del cual se afirma que el juez no puede ordenar ni controvertir con argumentos jurídicos las disposiciones médicas en cuanto a la práctica de tratamientos médicos, tiene como contexto debates sobre la idoneidad de los procedimientos en cuestión. Ello ratifica lo afirmado respecto de la posición de los médicos como los únicos sujetos que pueden determinar la idoneidad de los tratamientos, mediante criterios médico-científicos no reemplazables por criterios jurídicos»<sup>15</sup>.*

Sin embargo, la evidente situación de debilidad de la ciudadana Ana Graciela Castro de Cubillos, hace imperiosa la intervención del juez de tutela para brindarle la protección debida, para lo cual dispondrá una valoración interdisciplinaria en la cual sea examinada dicha paciente y luego se concrete ese punto objeto de demanda, esto es, si requiere de enfermera que la atienda o de un cuidador, y de ser así, por cuantas horas al día, pero en la cual, además, se determinarán todos los servicios que requiera para el manejo de las enfermedades que en el momento presenta.

Tal decisión, no implica un exceso en la competencia del juez de tutela, son meramente una armonización de los criterios jurisprudenciales para la inaplicación de las normas que regulan el *Sistema General de Seguridad Social en Salud*, tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional.

Y no sobra señalar, que lo realmente importante para el juez de tutela, es que la protección que decreta, no permita ninguna afrenta a derechos fundamentales, por lo cual, está facultado para tomar todas las medidas que sean necesarias para tal fin, inclusive si se requiere, decidir más allá de lo pedido.

En lo que atañe con la facultad de fallar extra y ultra petita que tiene el juez constitucional de amparo, el máximo intérprete de la Carta Política en la Sentencia T-464 de 2012, con sabiduría conceptuó:

*«Para la Sala es claro que, dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza*

<sup>15</sup> 29 de marzo de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

*de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho»<sup>16</sup>.*

Recapitulando, no es otro el camino en derecho a seguir, que el de tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, de los cuales es titular Ana Graciela Castro de Cubillos, y consecuentemente en ese sentido se decidirá, inaplicando como corresponde cualquier normatividad que a ello se oponga.

Por ende, se dispondrá que el Representante Legal (o quien haga sus veces) de la Dirección de Sanidad y la Seccional de Sanidad de Bogotá, que a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice todas las gestiones internas que sean necesarias para conformar un comité interdisciplinario (*integrado por al menos tres expertos en las diversas especialidades de la salud que resulten atinentes al caso*), para que en un lapso no superior a cinco días hábiles siguientes, visiten a la pluricitada enferma, la valoren y establezcan el programa de atención que se le debe seguir hoy por hoy, además de todos los servicios que requiera para el manejo de la totalidad de las enfermedades que en el momento presenta, entre ellos, la necesidad o no que se le preste el servicio de enfermería y/o cuidador, el de suministrarle una cama hospitalaria, en caso positivo, las características específicas de la misma.

Es innegable que luego de esa valoración surgirán órdenes médicas, frente a las cuales no hay lugar a negativa por parte de la accionada.

Por lo mismo, se ordenará al Representante Legal (o quien haga sus veces) de la Dirección de Sanidad y la Seccional de Sanidad de Bogotá, que a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la expedición de las órdenes médicas derivadas del cumplimiento a la anterior orden, autorice las prestaciones e insumos que de allí se deriven.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**Resuelve**

**Primero.** Tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas incoados por Ruth Nelly Cubillos Castro, agente oficiosa a favor de Ana Graciela Castro

<sup>16</sup> 21 de junio de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.





**Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**

Carrera 28 A Número 18 A - 67 Bloque C Piso 5. Teléfono 4285803. Email: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

de Cubillos.

**Segundo.** Ordenar al el Representante Legal (o quien haga sus veces) de la Dirección de Sanidad y la Seccional de Sanidad de Bogotá, que a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice todas las gestiones internas que sean necesarias para conformar un comité interdisciplinario (*integrado por al menos tres expertos en las diversas especialidades de la salud que resulten atinentes al caso*), para que en un lapso no superior a cinco días hábiles siguientes, visiten a la pluricitada enferma, la valoren y establezcan el programa de atención que se le debe seguir hoy por hoy, además de todos los servicios que requiera para el manejo de la totalidad de las enfermedades que en el momento presenta, entre ellos, la necesidad o no que se le preste el servicio de enfermería y/o cuidador, el de suministrarle una cama hospitalaria, en caso positivo, las características específicas de la misma

**Tercero.** Ordenar al Representante Legal (o quien haga sus veces) de la Dirección de Sanidad y la Seccional de Sanidad de Bogotá, que a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la expedición de las órdenes médicas derivadas del cumplimiento a la anterior orden, autorice las prestaciones e insumos que de allí se deriven.

**Cuarto.** Notificar el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Quinto.** De no ser impugnado, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

### **Notifíquese y Cúmplase**

**Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez**  
**Juez**

C.I.O.A

Por razones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.