

## República de Colombia



### Rama Judicial

#### Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

**Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)**

**Acción de tutela en segunda instancia:** 110013104008202000151

**Acción de tutela en primera instancia:** 110013009014202000096

**Accionante:** Lilia Zonia Chalá Bejarano en representación de su padre Pedro Antonio Chalá

**Accionada:** Compensar EPS

#### Objeto

Procede el Despacho en primera instancia a resolver lo pertinente en relación con la acción de tutela instaurada por Lilia Zonia Chalá Bejarano en representación de su padre Pedro Antonio Chalá, en contra de Compensar EPS.

#### Solicitud de tutela

Expuso la accionante que su padre sufrió un accidente cerebro vascular en el año 2019, por lo que ha requerido varios servicios de salud, entre ellos hospitalización, colostomía y traqueotomía, y una vez dado de alta, fue trasladado a la casa donde contó con enfermería por 24 horas con tres turnos diarios a cargo de la IPS Sistemas de Terapia Respiratoria, cuya presencia fue reducida hasta ser cancelados por completo.

Por lo anterior, elevó una petición ante la EPS solicitando la continuación de los turnos de enfermería o en su lugar, la asignación de un cuidador, a lo cual le respondieron negativamente el 11 de junio de 2019, argumentando que su padre presentaba avances en el estado de salud y que dependiendo de ello, continuaban o retiraban cualquiera de estos servicios.

No obstante, en el mes de mayo del año en curso, un enfermero que asistió a los turnos de cuidado de su padre, se encontraba con síntomas de gripa y sin portar los elementos necesarios para el autocuidado, los contagió, lo que ocasionó que dos de sus hermanas y madre se presentaran cuadro de resfriado, pero luego, su madre falleció y practicados los exámenes arrojó positivo para Covid-19, así como también su esposo y 15 personas de su familia que resultaron contagiados de coronavirus.

Como consecuencia de lo anterior, Pedro Antonio Chalá no fue recibido en la IPS Esencial, teniendo complicaciones de salud y en vista de que es un paciente con



**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

dependencia funcional severa, le restauraron los turnos iniciales del servicio de enfermería, pero el mismo fue retirado meses después.

El 29 de mayo solicitó ante la EPS la continuación del servicio de cuidador o enfermería los 7 días de la semana por 24 horas, donde expuso su situación económica e imposibilidad física para brindar a su padre los cuidados que necesita.

Señaló que su padre fue hospitalizado nuevamente el 8 de septiembre hogaño y la EPS le indicó que luego que sea dado de alta, será enviado a casa sin apoyo de un enfermero y que a partir del mes de diciembre no le entregarán más implementos para cuidado como pañales y alimentación.

Por los anteriores hechos solicitó que se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la accionada garantizar (i) el servicio de enfermería de tiempo completo; (ii) recursos necesarios para el enfermero asignado o el cuidador; (iii) garantizar la entrega de una cama hospitalaria, pañales, pañitos húmedos, guantes, crema Marly y los medicamentos necesarios.

### **Fallo de Primera Instancia**

El Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, mediante decisión del 24 de septiembre del año en curso, concedió el amparo y ordenó a la EPS accionada gestionar una junta médica científica con el fin de determinar la procedencia del suministro del servicio de enfermería, cama hospitalaria, guantes, pañitos húmedos, crema Marly en favor del paciente Pedro Antonio Chalá.

### **Argumentos de Impugnación**

La actora inició reiterando los hechos consignados en su escrito de tutela y luego indicó que su padre fue dado de alta el 19 de septiembre del año en curso con un servicio de enfermería, que asistió durante cinco días, dos veces al día y les explicó las tareas que deben seguir para la asistencia de su agenciado. Asimismo, en ese tiempo, les ayudó a moverlo, cambiarlo de posición, de pañal y a trasladarlo de la cama a la sala y viceversa. Indicó que la realización de esas tareas se le dificultan a ella y su hermana, comoquiera que no están en buen estado de salud.

En vista de su situación, una vecina les ha ayudado con la movilización de su padre, pues el enfermero se lastimó la espalda por un mal movimiento.

Expuso que sus hermanos y ella carecen de los medios económicos para solventar los implementos y el personal idóneo para que cuide a su padre, ya que no cuentan con empleos fijos y el único que tiene uno es quien se ha encargado de pagar arriendo y



**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

servicios. Aunado a ello, físicamente no se encuentran en condiciones de cuidarlo, ya que una de las hermanas quedó con secuelas por haber padecido Covid-19, otras dos tienen enfermedades óseas, lo que les impide hacer fuerza y la accionante tiene 9 cirugías abdominales, con mallas de protección.

Aseguró que su representado se encuentra postrado en una cama, que no cumple con las características que faciliten su aseo, cambio de posición. Además de ello, oxígeno constante, suministro de medicamentos todo el día, y secreción por la cánula por traqueostomía.

### **Competencia**

La misma deviene de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000 modificado por el Decreto 1983 de 2017, por ello, este Despacho es competente para conocer de la presente acción.

### **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.

Es necesario recordar que la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida debe enmarcarse dentro del contexto de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento constitucional, por lo cual los riesgos contra la vida no pueden entenderse única y exclusivamente en un estricto sentido formal. La jurisprudencia Constitucional sobre este aspecto ha determinado que el concepto de vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela únicamente en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas.

Lo que se pretende entonces, es respetar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida en que ello sea posible.

La aplicación de las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud no debe generalizarse sin estimar la situación concreta de cada persona, pues el ceñimiento



**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

estricto y exegético a tales reglamentos, en eventuales oportunidades causa daño a quienes solicitan un servicio excluido o se encuentran en otras situaciones de hecho y por ende, tal negativa conlleva a la violación efectiva de derechos del orden fundamental.

En el caso sub examine, se tiene el clamor de una ciudadana a favor de su padre (Pedro Antonio Chalá) que no se encuentra de acuerdo con lo dispuesto por el Juzgado de primer grado cuando este decidió amparar el derecho a la salud de éste «ordenando a la EPS gestionar una junta médica científica con el fin de determinar la procedencia del suministro del servicio de enfermería, cama hospitalaria, guantes, pañitos húmedos, crema Marly en favor del paciente», ya que a su criterio, el a quo no tuvo en cuenta su la situación de sus hermanos y suya en términos económicos y físicos, pues no pueden hacerse cargo del cuidado de su congénere y tampoco pagar un cuidador o enfermera, argumentando que desde el año 2019 Pedro Antonio Chalá ha tenido afectaciones graves a su estado de salud, tanto así que ha sido hospitalizado muchas veces, actualmente se encuentra en cama y necesita entre otros, ayuda para poder moverse y cambiar de posición.

Una vez revisado lo aportado por las partes, este fallador evidencia que le asistió razón al Juzgado de primera instancia y es por ello, que debe hacerle saber a la demandante que el hecho de haber protegido los derechos fundamentales del ciudadano Pedro Antonio Chalá Peña, no significa que se deba acceder a lo peticionado por ella, esto en virtud a que no existen órdenes medicas vigentes que den cuenta de servicios o insumos que deban entregarse al usuario, así como también la aplicación del principio de solidaridad.

Desarrollando lo anterior, debe tenerse como punto de partida que la Constitución Política de 1991 consagra la solidaridad como un principio fundante del Estado Social de Derecho, así como un deber que se materializa en la obligación de los individuos de responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

En este sentido, la Corporación a través de la Sentencia T- 032 de 2020 recordó que: «la solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios, pues en algunas ocasiones la aplicación de sus mandatos puede derivar en la restricción parcial de los intereses de uno o varios sujetos con el propósito de beneficiar a otros, en especial, a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad». Y reiteró:

*«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.*

*Así las cosas, el principio de solidaridad elimina la idea de una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado, en tanto que bajo su imperio se reconoce que este no es el único responsable de alcanzar los fines sociales, sino que en tal objetivo también se encuentran comprometidos los particulares. Específicamente, en virtud de dicho axioma, la Sala Plena de este Tribunal ha sostenido que:*



**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

*“(…) al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. **Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.**» (negrilla fuera del texto).*

Concluyéndose así que la familia es la encargada de proporcionar a sus miembros más cercanos la atención que necesiten, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados.

De otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia T-423 de 2019 con ponencia de la Magistrado Cristina Pardo Schlesinger reiteró que:

*«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.»*

Visto lo anterior, se estableció que actualmente no se cuenta con orden médica para que al usuario se le brinde el servicio de enfermería, así como tampoco se cumplen los requisitos para que se le asigne un cuidador, pues de conformidad con el principio de solidaridad, es al grupo familiar del señor Chalá Peña, a quien le asiste en principio la obligación legal y moral de velar, ayudar, socorrer y atender las necesidades primarias de su ser querido, tales como el baño, alimentación, cambios de posición, suministro de medicamentos vía oral, etc. y no pretender trasladar esa obligación a la EPS a la que se encuentra afiliada o al Estado a través de una acción constitucional.

Asimismo, tampoco se observan órdenes médicas para la entrega de *cama hospitalaria, pañitos húmedos, guantes y crema Marly* a favor del representado de la accionante.





**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

Es de advertir, que el médico tratante es quien de acuerdo a las condiciones del usuario ordena los medicamentos, insumos, elementos y en general los servicios asistenciales que necesite el paciente, y mal haría este Juez Constitucional invadiendo la órbita médica y pasar por alto el concepto rendido por varios especialistas en salud para ordenar por vía de tutela lo solicitado por la actora, que no tiene soporte ni en su historia clínica, ni en el concepto de los profesionales de la salud que la han tratado.

En consecuencia, negar los tratamientos o medicamentos que no estén formulados u ordenados de ninguna manera vulnera el derecho fundamental a la salud, pues no es rol del Juez entrar en suposiciones sin sustento probatorio y sustituir al médico al ordenar medicamentos o tratamientos sin tener la certeza de que efectivamente el accionante los requiera.

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 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>1</sup>.*

Cabe aclarar que no es ajeno para este fallador la preocupación y el dolor que puede producir a sus familiares y allegados la situación por la que esta pasado Pedro Antonio Chalá, sin embargo, y en vista de que la EPS ha cumplido con prestar un servicio oportuno, así como lo expuso la misma accionante, este Despacho no avala la impugnación de la agente oficiosa, ya que como se dijo anteriormente, la demandante no cuenta con órdenes médicas para valoración alguna o entrega de algún tipo de insumo o medicamento, no demostrando así el derecho presuntamente vulnerado.

Además, conforme al fallo de primer grado, a través de junta médico científica, se valorará al paciente con el fin de determinar la procedencia del suministro del servicio de

<sup>1</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: j08pcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co

enfermería, cama hospitalaria, guantes, pañitos húmedos, crema Marly, y los demás que resulten indispensables para su asistencia, y en caso que se ordenen, deberá la EPS accionada disponer su autorización, estando entonces supeditado a la actividad profesional el suministro de tales servicios y productos, armonizándose el ordenamiento jurídico constitucional con la actividad de los galenos.

Por las anteriores consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y fáctico, mismas que han sido armonizadas a la luz de la interpretación brindada por la Corte Constitucional en sus reiterados fallos, se confirmará la providencia de primera instancia.

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.** Confirmar íntegramente el fallo proferido el 24 de septiembre del presente año por el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad.

**Segundo.** Notificar el presente fallo a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, dejándoles en claro que contra la misma no procede recurso alguno.

**Tercero.** Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Notifíquese y Cumplase**

**Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez**  
Juez

C.I.O.A.

Por razones de salubridad, acogiendo lo indicado en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 y el artículo 22 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, este documento se publica con firma escaneada, 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.