REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JURISDICCIONAL

Radicación: **25-473-40-03-001-2021-00825-00**
Accionante: **DIANA CAROLINA MARTÍNEZ GARZÓN actuando como agente oficioso de IAN FELIPE VAN-ARCKEN**
Accionado*:* **FAMISANAR E.P.S**
Radicación No**.** **2021 – 00825**

JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA
MOSQUERA CUNDINAMARCA

Julio ocho (8) de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE

Recurre al trámite de la acción constitucional de manera personal la señora **DIANA CAROLINA MARTINEZ GARZÓN actuando como agente oficiosa del menor IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ.**

IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONADA

La acción es instaurada en contra de **F A M I S A N A R E . P . S**

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE TRASGREDIDOS O AMENAZADOS

Busca el accionante se le amparen a su menor hijo **IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ**, los derechos fundamentales de petición y salud, vulnerados por la entidad accionada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Para fundamentar el amparo, se citan los hechos que a continuación se compendian:

El día 18 de febrero de 2021, radicó derecho de petición ante la E.P.S FAMISANAR ya a su hijo le estaban realizando el cobro de cuotas moderadoras y copagos, además de que las citas médicas se las asignan para meses muy lejanos interrumpiendo su proceso médico, razón por la que lleva un año sin ser valorado por Fisiatría, Neurocirugía y Neurólogo Pediátrico.

Informa igualmente que solicitó a la E.P.S. el servicio de enfermería ya que su menor hijo está empezando a crecer y pesa un poco más, lo que hace que se le imposibilite poder realizar algunas tareas con él sola, debido a que por su condición de salud que es hidrocefalia, malformación de Dandy Walker, derivación ventricular peritoneal, parálisis cerebral, doble hemiparesia espástica de lado izquierdo, además que cuando se deja un momento solo se desespera y se agrede.

Aduce la tutelante que no puede estar en todo momento con el menor ya que tiene que trabajar, además que tiene otro hijo al cual también debe brindarle atención.

Informa además que el 22 de febrero de 2021, recibió respuesta por parte de la E.P.S en la que se le informó que en efecto iban a realizar la exoneración de cuotas moderadoras y copagos.

Refiere que debido a que no le habían dado respuesta a las demás peticiones, decidió esperar a que se cumplieran los términos, sin embargo al dirigirse a la E.P.S le dieron respuesta de forma verbal referente al punto de la solicitud de enfermero en donde le manifestaron que se 'negaba este servicio, ya que su hijo no tenía tráquea, gastro o aparato respiratorio.

Señala la actora que a la fecha de la presentación de la tutela se encuentran agendadas: cita de Neurología Pediátrica para el 30 de agosto de 2021 y cita con Fisiatría para el día 13 de agosto de 2021 las cuales fueron ordenadas el mes de abril.

Concluye afirmando que a pesar de que su hijo tiene una condición de discapacidad del 90% la E.P.S no revisó la posibilidad de brindarle un cuidador quien pueda ayudarle con su cuidado debido a que a ella sola se le imposibilita además, que las citas médicas las agendan para luego de cuatro meses de su orden lo que genera que su hijo no pueda tener un seguimiento real de su estado de salud.

PETICIÓN DE LA TUTELA

En concreto pretende la petente del juez constitucional que se le ordene a FAMISANAR EPS:

- que se le asigne un cuidador a **IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ**,
- Se garantice su derecho a la salud y vida digna, asignándose las citas que requiere de forma oportuna.

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

Mediante providencia de fecha 24 de junio de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose la notificación a **FAMISANAR E.P.S** para que rindiera informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejerciera su derecho de defensa.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Surtida la notificación a **FAMISANAR E.P.S representada legalmente por ELIAS BOTERO MEJÍA, a través de ESPERANZA PATIÑO ARIAS en calidad de directora del Nodo sur Facatativá E.P.S,** señala que una vez conocida la presente acción, se procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área responsable de la Entidad, quienes con base en la historia clínica del paciente indican que no existe prescripción médica para ASISTENCIA POR ENFERMERÍA 24 horas o CUIDADOR.

Igualmente, precisa que si las labores a desempeñar por el recurso de enfermería se limitan a los cuidados y actividades básicas de la vida diaria como son: baño diario, alimentación, cambio de ropa, acompañamiento citas médicas, traslados en el domicilio, entre otras, no se cumpliría con el propósito de la asignación de este recurso de salud el cual no tiene otro que el de entrenar y educar a la familia y/o el cuidador primario. Estas actividades son de responsabilidad de la familia, el ser una

parte activa en el proceso de cuidado del familiar enfermo y estas responsabilidades no deben ser trasladadas a la EPS.

Además, se envió un correo electrónico a la usuaria a la dirección electrónica carolisgarzon.12@gmail.com solicitando se informara si cuenta con la orden médica para el servicio de enfermería 24 horas domiciliario, sin que se haya obtenido respuesta

En cuanto a los servicios de Neurología y neurocirugía y ortopedia, lo servicios no se encuentra radicados ni autorizados por la EPS, en virtud a que estos no requieren de autorización, ya que son capitados con la IPS primaria del usuario COLSUBSIDIO CENTRO MEDICO DE FUNZA, debiendo acceder sin autorización de la EPS solo debe acercarse ante la IPS.

MEDICINA FISICA Y REHABILITACIÓN le fue autorizado el 21/05/2021 N° aut 73890649 para la IPS ELECTRO FISIATRÍA S.A.S

Que, la EPS FAMISANAR ha autorizado todos los servicios que ha requerido el paciente conforme a las ordenes médicas expedidas por los galenos tratantes y que cumplan con los requisitos establecidos en las normas que regulan el SGSSS.

Una vez revisados los sistemas de información se evidencia que algunos de los servicios demandados por la accionante se encuentran capitados, esto significa que fueron cancelados por anticipado por EPS FAMISANAR a la IPS COLSUBSIDIO CENTRO MEDICA DE FUNZA, por lo anterior NO REQUIEREN DE AUTORIZACIÓN solo debe acercarse ante la IPS a solicitar la programación.

Ahora bien, en lo que respecta a los servicios de MEDICINA FISICA Y REHABILITACIÓN le fue autorizado el 21/05/2021 N° aut 73890649 para la IPS ELECTRO FISIATRÍA S.A.S, por lo cual corresponde a la usuaria materializar la autorización ante la IPS.

Así mismo, se intentó establecer comunicación con la accionante para validar que más servicios requiere y que cuente con orden médica, no obstante, no fue posible la comunicación a los números celulares reportados, por lo cual, se remite correo electrónico: carolisgarzon.12@gmail.com

Como se puede observar en los apartes de la historia clínica no existe si quiera prueba sumaria que evidencia la existencia del requerimiento del servicio de enfermería y mucho menos de cuidador, por lo cual, resulta improcedente dicha solicitud.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este juzgado para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia el artículo 37 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo al análisis de fondo de la acción de tutela interpuesta, se estudiarán losrequisitos de procedencia de la misma con relación a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) el requisito de inmediatez, superados los cuales se formulará el respectivo problema jurídico.

Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de unrepresentante que actúe en su nombre.

En este caso la señora **DIANA CAROLINA MARTINEZ GARZÓN actuando como agente oficiosa del menor IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ.,** incoa acción de tutela, tras considerar que **FAMISANAR E.P.S** ha vulnerado los derechos fundamentales de petición y a la salud, existiendo legitimación por activa.

Igualmente, legitimación por pasiva respecto de la entidad accionada por cuanto es la entidad a la cual se encuentra vinculado IAN FELIPE en calidad de beneficiario de su progenitora DIANA CAROLINA y en consecuencia es la entidad encargada de brindarle la atención integral en salud..

Inmediatez

El requisito de inmediatez "*exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos".*

> *(…) el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar "si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional …" [1]*

En el caso que se analiza los hechos generadores del presente amparo se presentaron en el mes de febrero de 2021 fecha en la que fue radicado el derecho de petición y la acción constitucional se interpuso en el mes de junio, luego se cumple el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

Cómo quedó visto el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensajudicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).

Descendiendo al presente caso se advierte que el accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, que sea idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados de su menor hijo **IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ.**

PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde ahora al Despacho determinar si **FAMISANAR E.P.S** ha vulnerado los derechos fundamentales de petición y a la salud de **IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ.,** para que proceda excepcionalmente la acción de tutela, a fin de que (i) se le asigne un cuidador y (ii) se garantice su derecho a la salud y vida digna, asignándose las citas que requiere de forma oportuna.

---

[1] Corte Constitucional, sentencia T-199/15

Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho hará referencia a:

a- la naturaleza y procedencia de la acción de tutela..

b- del derecho fundamental a la salud de los niños y personas que gozan de especial protección en estado de discapacidad como sujetos de especial protección constituciona.

c- del concepto del médico tratante.

d-Del servicio de cuidador.

f- del caso concreto.

A-DE LA NATURALEZA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La figura de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política fue instituida con el fin que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de derechos fundamentales de rango constitucional, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando se consideren conculcados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares. Esta acción es de naturaleza residual, es decir que no siempre que una conducta transgreda o ponga en riesgo garantías fundamentales es factible acceder a la tutela pues requiérase, además, para lograr el restablecimiento o protección de estas, que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

B-DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y PERSONAS QUE GOZAN DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESTADO DE DISCAPACIDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La importancia de este derecho superior se deriva, básicamente, de su estrecha y directa relación con otros, como el de la vida, la dignidad humana.

El derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación (i) como servicio público, establecido así en el artículo 49 de la Constitución, cuya garantía está a cargo del Estado, bajo condiciones de "oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad" y; (ii) como derecho fundamental autónomo "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser" Su carácter de derecho fundamental autónomo surge de la necesidad del Estado de proteger la salud al más alto nivel, toda vez que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas y el desarrollo de otros derechos fundamentales.

n cuanto a la salud de los niños niñas y adolescentes, el artículo 44 de la constitución establece "*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (…)*", y la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que ningún infante debe ser privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y los Estados deben asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesaria a todos los niños, haciendo énfasis en la atención primaria de salud, siendo en consecuencia sujetos de especialísima protección constitucional, cuyos derechos deben ser considerados fundamentales, atendiendo ese texto superior, la interpretación constitucionaly la adhesión de Colombia a pactos y tratados internacionales.

Además, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 determinó:

> *"Sujetos de Especial Protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)"*

Ahora, en sentencia **T-339/19** en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a aquellas personas que gozan de especial protección en estado de discapacidad, la Corte precisó:

> *"Dentro del marco del sistema internacional de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC), en su artículo 12 reconoce "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, como "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".*
>
> *A partir de su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, su protección se refuerza al tratarse de Sujetos de Especial Protección Constitucional que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, así el artículo 47 de la Constitución indica: "El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran".*
>
> *Frente a la protección del derecho a la salud de personas que se encuentran en situación de discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales –CDESC- establece que "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales,* ***y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental****."(Negrilla fuera del texto original).*
>
> *La garantía constitucional del derecho a la salud de la población con discapacidad debe ser desarrollada en conjunción con el principio de integralidad. Al respecto, en sentencia T-121 de 2015 se afirmó: "El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo".*
>
> *En materia de seguridad social, debe entenderse de acuerdo al artículo 2°, literal d) de la Ley 100 de 1993 como "la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley".*
>
> *La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 26 que los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, para*

> *que: "las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación", basándose estos en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.*
>
> *Por lo anterior, para la Sala, la interrupción arbitraria del servicio a la salud, es contraria al derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, las cuales tienen derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino, así no se obtenga su recuperación completa y definitiva, pero se logren mantener los avances logrados en términos conductuales y de vida en comunidad, lo que asegura que al paciente pueda vivir en el mayor nivel de dignidad posible. Reiterado esto en sentencia T-196 de 2018 donde "una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente".*
>
> *En conclusión, el derecho a la salud de las personas con discapacidad en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye un adecuada valoración que fije la rehabilitación o paliación de las necesidades que persistan respecto al estado de salud, con el fin de lograr la máxima independencia, capacidad física, social, mental y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida"*

Luego cuando se trate de menores de edad los cuales son personas de especial protección como es el caso de **IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ,** quien padece de hidrocefalia, malformación de Dandy Walker, derivación ventricular peritoneal, parálisis cerebral, doble hemiparesia espástica de lado izquierdo**,** con mayor razón las empresas prestadoras de servicios de salud, están en el deber de garantizar el acceso a la promoción, protección y recuperaciónde la salud, en razón de la prestación que les ha sido confiada, la cual deberá cumplirse bajo los principios que enmarcan su función, no pudiendo incurrir en omisiones o realizar actos que comprometan la continuidad y eficacia del servicio,

C-DEL CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE

El galeno tratante es el profesional idóneo para emitir las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Corte al reiterar que el ordenamiento constitucional le garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el de acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana[2]. En esta línea, ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima faci*e,* el médico tratante.

En sentencia T- 557 DE 2017 precisó que: *"En principio, la competencia para emitir un diagnóstico corresponde al médico tratante adscrito a la red prestacional de la Entidad Promotora*

---

[2] Ver, entre otras, la sentencia T-760 de 2008

[3] sentencias: T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-007 de 2005, T-760 de 2008 y T-674 de 2009

de Salud a la que se encuentra afiliado el usuario, toda vez que es la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, además, es el profesional que conoce el historial médico del paciente. De ahí que su concepto sea el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. No obstante, esta Corporación ha indicado que el hecho de que tal concepto médico sea un criterio principal, no significa que sea exclusivo; yaque el diagnóstico de un médico externo puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva bajo el cumplimiento de ciertos supuestos".

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio[3].

De ahí, que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

D-DEL SERVICIO DE CUIDADOR

La Corte Constitucional en sentencia T-260/20 señala que

"Con relación a los cuidadores, la Sala resalta tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas. (ii) Esta figura es definida como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) ***se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse.***

En efecto, esta Corte ha entendido que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse. Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019,[86] pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019.

Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende 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; (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" (resalto por el despacho)

Igualmente, la H. Corte Constitucional ha expuesto

" (...) ***la atención domiciliaria es un servicio cubierto por el PBS, que debe ser ordenado por***

> ***el médico tratante y se caracteriza por su estricta relación con la gestión de la salud.*** *De ahí que, la atención domiciliaria no abarca "recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores", servicio que no se encuentra incluido en el mencionado plan.*
>
> *Ahora bien, existen pacientes que debido a su condición médica, no tienen la posibilidad de realizar todo tipo de actividades físicas y tareas cotidianas por sí mismos, tienen limitada la locomoción y deben permanecer en un solo sitio la mayoría del día, lo que hace menester que una persona les brinde un acompañamiento. En estos casos el cuidador se encarga de ayudarles en su aseo e higiene personal, les suministra los medicamentos, organiza y mantiene adecuados los espacios físicos y el lugar que se utiliza para descansar."* [4]

Adicional en la disposición en cita, frente a este contexto, la Corte, en sentencia T-154 de 2014, indicó

> *"Que los cuidadores poseen las siguientes características: (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."*
>
> *El citado fallo fue reiterado en la sentencia T-096 de 2016. En esta oportunidad, este Tribunal estimó que las actividades que adelanta el cuidador "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".*
>
> *Conforme lo anteriormente dicho, considera la Sala que el apoyo y la asistencia en las actividades y necesidades básicas que presta un cuidador a la persona dependiente tiene un carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud.*
>
> *En ese sentido, la Corte considera 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 ellas, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. Frente al particular, la Corte en sentencia T-801 de 1998, ampliamente reiterada, en la providencia T-154 de 2014, sostuvo que:*
>
> *"... dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro reciproco, 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".* ibídem

E- DEL CASO EN CONCRETO

Aterrizado lo anterior al presente caso, procede entonces a verificar el Juzgado cuáles de los pedimentos de la accionante deberán ampararse, previa verificación de los requisitos jurisprudenciales citados en la parte considerativa de esta providencia:

El Despacho advierte de entrada que dentro del plenario no existe acervo probatorio suficiente para determinar que la accionada se encuentre violando los derechos conculcados por la accionante, como quiera que no obra orden médica de cuidador para acompañamiento del paciente **IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ**, en actividades de la vida diaria 24 horas expedida por el médico tratante, tampoco se demuestra que no tengan más familiares que se pueda encargar del cuidado mientras su progenitora cumple con su jornada laboral en su sitio de trabajo como tampoco se

---

[4] Sentencia T. 487/17

demuestra que no cuentan con los medios económicos para sufragar el costo de su cuidado.

De otra parte y en lo que respecta a que se le garantice su derecho a la salud y vida digna, asignándose las citas que requiere de forma oportuna, no se observa el incumplimiento de prestación de servicios por parte de la entidad accionada, pues, nótese que la accionante señala que "*A la fecha de la presentación de la tutela se encuentran agendadas: cita de Neurología Pediátrica para el 30 de agosto de 2021 y cita con Fisiatría para el día 13 de agosto de 2021 las cuales fueron ordenadas el mes de abril"* y es que dígase de ello que no fueron arrimadas con el escrito tutelar las orden medica expedidas por el médico tratante en abril de 2021, sino que se allegan unas de agosto de 2020 las cuales no son objeto de inconformidad de la accionante pues solo hace referencia a las del 2021, por lo que para el despacho las del año 2020 ya fueron atendidas por parte de la E.P.S,.

Téngase en cuenta que si bien la parte accionante no presenta las ordenes medicas expedidas en el mes de abril de la presente data, la E.P.S en su contestación señala "*En cuanto a los servicios de Neurología y neurocirugía y ortopedia, lo servicios no se encuentra radicados ni autorizados por la EPS, en virtud a que estos no requieren de autorización, ya que son capitados con la IPS primaria del usuario COLSUBSIDIO CENTRO MEDICA DE FUNZA, debiendo acceder sin autorización de la EPS solo debe acercarse ante la IPS"*

MEDICINA FISICA Y REHABILITACIÓN le fue autorizado el 21/05/2021 N° aut 73890649 para la IPS ELECTRO FISIATRÍA S.A.S"

Y dígase de lo anterior, que la demandante confirma las citas de especialistas para el mes de agosto, haciéndose imposible para el despacho definir en éste momento si el menor será atendido o no en dichas fechas, por lo que se le indica a la accionante que de no ser atendida en las fechas de las citas y siente que efectivamente a su hijo se le está vulnerando algún derecho, dispone de la acción de tutela para salvaguardar los derechos fundamentales de su hijo.

Además de lo anterior, se observa que la presente acción va más encaminada a que la entidad accionada de respuesta a su derecho de petición el cual fue radicado ante esa institución el 18 de febrero de 2021 como consta en el documento allegado al plenario, aun teniendo en cuenta que como lo indica la agente oficiosa del menor IAN **FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ,** se le dio respuesta escrita, positiva y de fondo al punto de exención de copagos y cuotas moderadora y de manera verbal y negativa frente a la solicitud de cuidador y nada se dijo de citas médicas.

No obstante lo anterior, y si bien es cierto no se avista que se le haya dado una respuesta escrita y de fondo al derecho de petición radicado ante la entidad accionante frente a la solicitud de cuidador y citas médicas, también lo es que el mismo carece de objeto, teniendo en cuenta que dichas solicitudes están siendo resueltas dentro de la presente acción tutelar por tratarse de las mismas pretensiones de la tutela, haciéndose innecesario ordenar se le dé contestación al derecho de petición radicado el 18 de febrero de 2021.

Finalmente, la tutela sería procedente para evitar un **PERJUICIO IRREMEDIABLE**, sin embargo, en este caso no se reúnen los presupuestos establecidos para el efecto como son:

i.- Cierto e inminente, esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos.

ii.- Grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado.

iii.- De urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación, para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.

En consecuencia, puestas, así las cosas, una vez estudiado de manera detallada el caso que nos ocupa en lo referente a los **DERECHOS de PETICION SALUD**, y visto como está que **FAMISANAR E.P.S.** no vulneró los derechos **del menor IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ**, en consecuencia, **NO CONCEDERA EL AMPARO DE TUTELA.**

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: **NO TUTELAR** los derechos fundamentales **DE PETICION Y SALUD** incoados por **DIANA CAROLINA MARTINEZ GARZÓN actuando como agente oficiosa del menor IAN FELIPE VAN-ARCKEN MARTINEZ** contra **FAMISNAR E.P.S representada legalmente por ELIAS BOTERO MEJÍA, a través de ESPERANZA PATIÑO ARIAS en calidad de directora del Nodo sur Facatativá E.P.S.**

SEGUNDO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO lo aquí resuelto a la accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

MARIA DEL PILAR OÑATE SANCHEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA

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

Código de verificación:
e137d9b1aa16da38a362782428bfeb135f896b5b8f8ec9da766db93545f63d57
Documento generado en 08/07/2021 06:05:37 PM

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