

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL LA CALERA

La Calera, Trece (13) de Abril del dos mil veinte (2.020)

Referencia: Acción de tutela No. 2020-00047-00
Accionante: FLORALBA GUTIÉRREZ FLÓREZ en representación -agente oficiosa- de su hijo DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ.
Accionado: FAMISANAR E.P.S.

I. TEMA.

Decídase la acción de tutela instaurada por la señora FLORALBA GUTIÉRREZ FLÓREZ quien actuando como Agente Oficiosa de su hijo DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ, el cual por su condición de persona con discapacidad mental y psíquica acude a esta Judicatura, con el propósito de que se le protejan los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, presuntamente vulnerados por LA E.P.S FAMISANAR.

a. ANTECEDENTES

Manifiesta la señora FLORALBA GUTIÉRREZ FLÓREZ estar afiliada junto con su hijo DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ al sistema general de seguridad social en salud desde aproximadamente dieciséis (16) años a la E.P.S FAMISANAR, estando este último como beneficiario de los servicios de su progenitora.

De la misma forma señala que su hijo DYBY STID tiene problemas de discapacidad mental en un 80%, razón por la que requiere de cuidados permanentes las veinticuatro (24) horas, los siete (7) días de la semana (24/7), generando con ello, que debe realizársele asco personal, llevarlo al baño, vestirlo, darle de comer, asistirlo en su dieta, colaborarle en su desplazamiento pues tiene dificultades para ello por su marcha lenta y muchas otras circunstancias similares a las de un niño de tres (3) años de edad como ha sido calificado neurológicamente.

Resalta que el mismo necesita de tratamiento con diferentes médicos especialistas en la ciudad de Bogotá D.C y para ella es muy difícil encargarse de todo su cuidado y movimiento a efecto de transportarlo en servicio público, toda vez que se trata de una persona de treinta y tres (33) años de edad, quien se altera e indispone constantemente con actos tales como retirarse a descansar en las noches entre otras conductas propias de su retraso psicológico.

Refiere que su hijo padece esta enfermedad desde su nacimiento y toda su vida ha debido atenderlo, conllevando a que en su cuidado personal deba utilizar todas sus fuerzas físicas y mentales, teniendo a la fecha sesenta y cuatro (64) años de edad, ostentando la condición de adulta mayor, recalando que ya no cuenta con las fuerzas suficientes para cumplir con las atenciones demandadas.

Corolario con lo manifestado igualmente expone que durante toda su vida ha sido madre soltera, tuvo dos (2) hijos de los cuales, uno de ellos es DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ y SANDRA MILENA GUTIÉRREZ quien es la otra persona que ocasionalmente le colabora en el cuidado de su hermano, pues tiene cuarenta y cinco (45) años de edad, tiene su esposo, responsabilidades propias y además labora regularmente, generando que no cuente con el tiempo suficiente para ayudarla en cuidar a DEYBY STID.

Consonante con lo indicado, manifiesta que decidió solicitar ayuda a la E.P.S FAMISANAR a través de derecho de petición, para que le fuera asignado a su hijo un cuidador permanente las veinticuatro (24) horas del día, los siete (7) días de la semana, conjuntamente con un servicio de transporte especializado ida y regreso desde La Calera hasta la ciudad de Bogotá y viceversa cuando debiera acudir a las citas médicas correspondientes, además de haber peticionado terapia ocupacional, física, de fonoaudiología, exámenes de laboratorio, tratamientos, medicamentos, procedimientos y demás, no obstante al no obtener respuesta alguna a sus solicitudes presentó ante este mismo Despacho Constitucional Acción de Tutela para que su garantía fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 Superior le fuera amparado y la E.P.S contestara a sus requerimientos, frente a lo que esta Judicatura el día veinte (20) de Febrero del año dos mil diecinueve (2.019) protegió su derecho y ordenó a FAMISANAR procediera a responder la petición radicada y referida al cuidador 24/7 de su hijo.

Concluye la actora a que luego de muchos trámites y llamadas telefónicas de varias Instituciones Prestadoras de Salud –I-P-S- de la E.P.S FAMISANAR, logró que se le asignaran dos (2) enfermeras residente en La Calera-Cundinamarca con turnos rotativos para su hijo, a su vez le suministraron la visita de diferentes profesionales tales como de salud ocupacional, física y de fonoaudiología quienes atendían a su hijo directamente en su vivienda y el transporte requerido para acudir a las citas médicas en la ciudad de Bogotá D.C; no obstante desde el mes de Octubre del año dos mil diecinueve (2.019) las señoras Terapistas que atendían en su domicilio a su hijo dejaron de asistir, a lo que la Accionante al averiguar las razones en la I.P.S respectiva le indicaron que la E.P.S no había autorizado más el servicio y luego al preguntar en las instalaciones de la aquí Accionada, una de sus asesoras le señaló que ello se debía a que el médico tratante era quien daba las órdenes respectivas y que dependía de este que FAMISANAR E.P.S las aprobara y autorizara y

posteriormente la I.P.S la ejecutaba, por lo que si ello se generó se debió a la modificación de la respectiva orden médica.

Finalmente indica la Accionante que para el día dieciséis (16) de Marzo del año que avanza, las enfermeras encargadas del cuidado de su hijo, le informaron que a una (1) de ellas les habían habilitado para que prestaran el servicio solamente por ocho (8) horas diarias de lunes a viernes, mientras tanto la otra había sido totalmente suspendida, ante esta circunstancia nuevamente busco explicación ante la I.P.S quien le expuso que el médico tratante debió haber variado la orden respecto del servicio permanente que se le estaba suministrando a su hijo, aspecto que efectivamente fue corroborado al llamar a la E.P.S y en donde le indicaron que solamente por el mes de Marzo se mantenía la orden del cuidador 24/7 y ya para el mes de Abril se reduciría a 8 horas diarias como ya se había manifestado.

Por lo anterior puntualiza la actora que hasta la fecha no le han dado solución al respecto, que su condición de salud es precaria, ya que cuenta con una edad avanzada y una diferente serie de patologías que físicamente le hace imposible atender y que por más que quisiera ya no podría, máxime al tomar en consideración que vive sola, que ningún familiar le colabora, al contrario se avergüenzan de su hijo, razones que la llevan a dar inicio a la presente Acción Constitucional para que se le amparen los derechos de su hijo.

b. Trámite procesal.

Mediante auto del veinticuatro (24) de Marzo del año dos mil veinte (2.020) se admitió la presente acción constitucional, en el cual se ordenó correr traslado de los fundamentos fácticos y pretensiones señaladas en el referido escrito a LA E.P.S FAMISANAR y se ordenó la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA

GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

c. Posición de la accionada y Entidades vinculadas.

Dentro del término de traslado correspondiente LA E.P.S FAMISANAR se pronunció respecto al traslado del escrito de tutela y anexos que se le realizara, manifestando en primer lugar que el joven DEYBY STID CIFUENTES se encuentra efectivamente afiliado a su Entidad, en estado Activo, que el servicio de enfermería por veinticuatro (24) horas y terapias se le viene prestando adecuadamente a través de la I.P.S correspondiente tal y como da cuenta la certificación emitida del veintisiete (27) de Marzo del año en curso.

De la misma manera señala que en relación con el suministro del servicio de cuidador y transporte, no se evidencia prescripción vigente realizada por el médico tratante, por lo tanto resalta que FAMISANAR E.P.S no estaría facultada para suministrar servicios de salud, sin que medie la orden del profesional de la salud pertinente.

Consonante con ello, es enfática la representante de la Accionada en indicar que todos los servicios de salud son solicitados conforme a criterios y pertinencia médica, justificando su solicitud e indicando las horas y funciones del apoyo médico que deberá cumplir, resaltando que existen diferencias técnicas entre el apoyo médico de una enfermera y las funciones de un cuidador.

En ése orden de ideas refiere que en el presente caso hay inexistencia de orden médica y es el concepto del médico tratante el prevalente para el suministro o no de los servicios requeridos por el usuario, precisando que la enfermera no representa una actividad de labores de cuidador y/o aseo personal, pues el mismo es un servicio que

no compete al ámbito de la salud y en consecuencia se encuentra excluido expresamente para ser cubierto con los recursos públicos asignados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Entre tanto, en lo que respecta a la pretensión de la parte actora de autorizar transporte ida y regreso desde el Municipio de La Calera-Cundinamarca a la ciudad de Bogotá D.C y viceversa, manifiesta FAMISANAR E.P.S que la misma no está llamada a prosperar por varias razones, en primer lugar porque no existe orden del médico tratante, en segundo lugar porque el usuario se encuentra recibiendo toda la atención médica en el Municipio de residencia y no existe traslado alguno del usuario para recibir los mismos en una ciudad diferente a la de su domicilio y tampoco ha requerido servicios especializados que correspondan por ejemplo a ambulancia medicalizada.

Finalmente solicita a este Juzgado Constitucional que la presente Acción de Tutela sea negada toda vez que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales reclamados por la parte Accionante, tampoco existe orden médica que haga viable las pretensiones esbozadas, los recursos públicos destinados a la salud no deben dirigirse para servicios no incluidos o amparados por las directrices de la salud.

De otro lado la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en lo que corresponde al presente trámite de tutela actuando a través de Asesora Jurídica, expone que en relación con la Entidad que representa existe falta de legitimación por pasiva, razón por la cual peticiona al Despacho su desvinculación respectiva, aunado a ello resalta igualmente una serie de normatividad que corresponde a la prestación del servicio de salud, recalcando que esta corresponde a la E.P.S a la que se encuentre afiliado el usuario y que en todo caso la base principal de los mismos encuentran su génesis en la orden del médico tratante quien en el llamado inicialmente ha conceptuar al respecto.

Finalmente la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES- guardó silencio y en el término otorgado para pronunciarse al respecto no allegó al correo electrónico del Juzgado respuesta alguna correspondiente, resaltando que ante la emergencia sanitaria del COVID 19 fue al correo electrónico a donde se recibieron las comunicaciones presentadas, estando los empleados del Despacho al pendiente del mismo por directriz no solo de esta Togada sino del propio Consejo Superior de la Judicatura.

III. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA

Este Despacho Judicial es competente para conocer en Primera Instancia de la presente Acción de Tutela, dado que conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 *“son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”* y para el caso que nos ocupa, la supuesta amenaza a los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, del accionante se están generando en esta localidad, teniendo en cuenta que la omisión a conceder un cuidador 24/7, el servicio de transporte ida y regreso La Caldera-Cundinamarca a Bogotá D.C y viceversa, así como demás servicios médicos que se le venían entregando al joven DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ en el año dos mil diecinueve (2.019) están produciendo sus efectos en la presente municipalidad.

Conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección

inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé en términos de legitimidad e interés, que la solicitud de amparo constitucional podrá ser promovida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante, para lo cual se presumirán auténticos los poderes. De igual modo, establece que también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la petición de tutela.

La Corte, sobre este último aspecto, en sentencia T-063 del 2.011, ha entendiendo que la agencia oficiosa está apoyada en los principios de solidaridad constitucional, efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y acceso efectivo a la administración de justicia, ha considerado que las citadas condiciones no deben ser entendidas como fórmulas absolutas, sino que las ha flexibilizado al punto de disponer que *“en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas el titular de los derechos no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro”*

Por ende en el presente caso objeto de estudio está dado que la progenitora de quien por su condición de discapacidad psíquica y mental no puede acudir de manera directa al Despacho a solicitar el amparo de sus garantías, lo haga por intermedio de la persona que le brinda los cuidados necesarios y durante toda su vida ha estado a su lado.

b. Delimitación del caso, problema jurídico y aspectos a tratar.

Acude la accionante como agente oficiosa de su hijo a este mecanismo constitucional consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia para que le sean salvaguardados sus derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana en virtud a al retraso mental y discapacidad psíquica que este padece desde su nacimiento, así como a las condiciones de salud, sociales y familiares de la representante del accionante quien manifiesta ser de sesenta y cuatro (64) años y no contar con el apoyo de otros familiares diferentes a ella.

Así las cosas ésta instancia debe determinar en primera medida el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, es decir que exista inmediatez y subsidiariedad; a continuación, se analizará si la accionada con su presunta conducta omisiva vulneró los derechos fundamentales deprecados por la actora en el escrito que fundamenta la presente acción, deteniéndose esta Judicatura a estudiar a profundidad de encontrar la vulneración de los derechos fundamentales evidenciada, si es necesaria o no la existencia de orden del médico tratante para materializar las garantías solicitadas de amparo por parte de la señora FLORALBA GUTIÉRREZ FLÓREZ quien actúa como Agente Oficiosa de su hijo.

c.- De los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana en personas en condición de discapacidad.

Teniendo en cuenta el problema jurídico planteado por este Despacho, ha de señalarse en primer lugar que la Constitución Política de Colombia en el artículo 49 de la Norma Superior, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo*

del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el *“(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)”*.

Señala esta funcionaria judicial que en lo atinente a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 de la Constitución Política ordena al Estado la protección especial de aquellas personas que *“por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta”*.

Protección nacional e internacional de las personas con discapacidad.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se destaca que el presupuesto esencial de las garantías fundamentales de las personas diagnosticadas con alguna discapacidad es *“el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”* tal como lo dispone el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en 1948, este instrumento internacional también establece que todas las personas tienen derechos inalienables sin distinción de carácter alguno:

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

Esta realidad ha sido reconocida, entre otros, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

A la luz de este reconocimiento, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999, reafirma *“que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”*. Igualmente, establece que los Estados Partes tienen la obligación de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra esta población a efectos de propiciar su plena participación e integración a la sociedad.

d.- Inmediatez de la acción de tutela

Para activar este mecanismo deberá existir un tiempo razonable entre los supuestos fácticos que motivan la interposición de la acción de tutela y su presentación, de tal forma que se evidencie la necesidad de una protección urgente por parte del juez constitucional.

Del estudio del recuento factico que hiciere la accionante y de las pruebas por ella aportadas, se encuentra, en lo que compete a los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana que manifiesta la accionante le están siendo desconocidos a su hijo, encuentra esta Sede Judicial que se enmarcan dentro de la inmediatez, pues la insistencia de la actora desde el año dos mil diecinueve (2.019) por lograr el cumplimiento FAMISANAR E.P.S ha sido constante y viene hasta este Despacho en búsqueda de la materialización de las garantías de su hijo.

e.- Subsidiariedad de la acción de tutela

Por medio de la acción de tutela se busca brindar una protección efectiva, actual y expedita de las garantías fundamentales, en consecuencia, para su procedencia, debe verificarse que en el ordenamiento jurídico colombiano no existan otros mecanismos judiciales idóneos para la protección que se pretende, a menos que exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable, evento en el cual, procederá de manera transitoria.

En el presente asunto se analiza que las pretensiones del escrito de tutela incoado se dirige indudablemente a que FAMISANAR E.P.S se sirva brindar unos servicios médicos al hijo de la accionante y que tocan con sus derechos a la salud, dignidad humana y vida, según la actora presuntamente vulnerados o desconocidos, no vislumbrándose otro camino diferente a esta acción constitucional para que la prestadora del servicio médico responda y entregue de ser procedente lo solicitado.

d. ESTUDIO DEL CASO EN CONCRETO

1-SOBRE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, DIGNIDAD HUMANA Y VIDA

Al realizar un análisis detallado del caso objeto de estudio encuentra en primer lugar esta togada que es un hecho cierto que el joven DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ presenta una condición de discapacidad mental, generando que pese a su edad no pueda valerse por sí mismo, requiriendo la asistencia y el acompañamiento de sus familiares, especialmente de su señora madre quien conforme lo relatado y evidenciado en los medios de prueba allegados ostenta la calidad de adulto mayor y presenta una serie de patologías que en principio le impedirían cuidar a su hijo.

No obstante lo señalado y como Garante de los derechos fundamentales, también encuentra esta Sede Constitucional que durante las patologías y requerimientos del hijo de quien funge como Agente Oficiosa, su E.P.S FAMISANAR ha actuado conforme los lineamientos y directrices que oportunamente ha indicado el médico tratante, otorgando y entregando inclusive servicios que por su naturaleza no se encuentran incluidos en el plan básico de salud –PBS-, resaltando por ejemplo cómo hasta el pasado mes de Marzo, el paciente disfrutó de dos (2) enfermeras en su domicilio que le brindaban sus cuidados las veinticuatro (24) horas los siete (7) días de la semana, servicios terapéuticos en casa, servicio de transporte para los requerimientos en la ciudad de Bogotá D.C entre otros que pretende la parte Actora sean retomados y continuados por medio de la presente Tutela.

En ése orden de ideas, es menester resaltar que no se vislumbra una omisión de parte de la E.P.S Accionada, pues según sus manifestaciones y lo indicado por la propia madre del Accionante, el

cambio en la asignación de la enfermera en casa, pasando de veinticuatro (24) horas a ocho (8) horas, se fundamenta o soporta en la propia prescripción del médico tratante, que conforme lo ampliamente señalado por la Jurisprudencia Constitucional es quien tiene el conocimiento y criterio científico-especializado, por conocer y saber de primera mano qué servicios, medicamentos, procedimientos y/o cuidados necesita su paciente, máxime al establecerse que su calidad de profesional de la salud, por su desempeño y ética deberá dirigirse siempre a salvaguardar y propender por la vida en condiciones de dignidad y humanas de sus pacientes so pena de la responsabilidad que en diferentes ámbitos pueda asumir.

En ése orden de ideas, en el caso sub-examine, existe un antecedente que demuestra que no existe conducta amañada o caprichosa de parte de la E.P.S FAMISANAR para limitar, suspender o retirar los servicios que se le venían prestando al joven DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ, pues como Entidad Prestadora de Salud encargada de estar atenta a lo requerido, depende exclusivamente de sus profesionales de salud quien en primer término activan el sistema con su orden médica correspondiente y ya luego entran dichas Entidades a autorizar, programar y materializar las directrices trazadas, pues de no ser así, personas con otros criterios, incluso más de índole administrativo serían los llamados a conceptuar y determinar qué requiere o qué no requiere un paciente, yendo en contravía de los derechos fundamentales no solo a la salud e integridad personal sino a la propia vida del usuario.

Ahora bien, analizando exhaustivamente la situación, no se encuentra expresamente en ninguna orden médica pendiente de ser autorizada o materializada por FAMISANAR E.P.S el objeto de las pretensiones de esta Acción Constitucional, pues la solicitud que desde el mes de diciembre del año dos mil dieciocho (2.018) elevó la madre del joven afectado fue respondida satisfactoriamente por su E.P.S siempre que

de por medio se generaron las órdenes médicas de los galenos tratantes y no se realizaron de manera aleatoria, o al azar por la simple voluntad de la Agente Oficiosa, tampoco se evidencia, acredita o soporta que el joven DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ deba acudir a alguna cita médica especialista periódicamente o para control u otro objeto en la ciudad de Bogotá D.C o a otra municipalidad que conlleve a que esta Judicatura entre a ponderar o considerar si quiera la necesidad de transporte para tal efecto.

En ése mismo sentido, nótese cómo aunque la madre del paciente indica la necesidad de contar con un cuidador los veinticuatro (24) horas los siete (7) días de la semana, precisamente la esencia de este no son los conocimientos médicos u hospitalarios que deba tener el mismo, sino por el contrario se centra en la colaboración o ayuda para efectos de asear, vestir, cuidar la dieta, entre otras actuaciones que deben ser más propias de un agente particular o familiar que de equipo médico.

Bajo tales parámetros queda más que comprobado que la necesidad no se limita a circunstancias de orden médico o que de por medio pongan en riesgo la salud y vida del joven CIFUENTES GUTIÉRREZ sino que va más dirigido a una ayuda que reclama la madre del mismo, por lo que en ése mismo sentido debería mediar orden, concepto o documento en el que esta Juez encuentre sustento para si quiera entrar a analizar la posibilidad de ordenar el cuidador que se espera, teniendo en cuenta que no le está dado a esta Funcionaria exceder sus facultades, pues de hacerlo incurriría en casuales de mala conducta e inclusive en conductas punibles.

Bajo tales argumentos las sentencias T-433 y T-496 de 2014 indican que el Juez de Tutela debe ordenar el acceso a los procedimientos médicos que requiera el paciente con el fin de restablecer su salud, en el evento de que la entidad encargada no actúe con diligencia y haya puesto en peligro los derechos fundamentales del accionante,

siempre y cuando se conozca con claridad el tratamiento a seguir de conformidad con lo dispuesto por el médico tratante. Lo anterior, por cuanto no es posible para el Juez de Tutela imponer órdenes futuras e inciertas, ya que las decisiones deben ser determinables. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así mismo la Sentencia T-345 del año 2.013, Magistrada Ponente, DRA. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA en relación con la orden del médico tratante sostuvo:

“La Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. 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 pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio

médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.” (Negrilla y subrayado importante al caso concreto).

De otra parte no vislumbra tampoco esta Juez Constitucional una causal diferente que le impida no tener en cuenta la inexistencia de orden médica del Profesional de la salud tratante verbi gratia el concepto de otro galeno quien basado en la historia clínica del paciente, nos permita concluir que es necesario ordenarle cuidador al joven DEYBY STID CIFUENTES GUTIÉRREZ, o el servicio de transporte peticionado o los servicios terapéuticos que se reclaman, pues solo en ése sentido igualmente estaríamos en presencia de una base que no genere que esta Togada termine por reemplazar las órdenes médicas por las jurídicas que son las que está facultada en dar, bajo dichos argumentos también la sentencia precedente advirtió:

“Existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente”.

De otra parte y haciendo un estudio de la condición particular que enmarca a la parte actora se encuentra que la misma se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud a FAMISANAR E.P.S en el régimen **CONTRIBUTIVO**, por lo que se presume que cuenta con ingresos económicos que harían viable acceder a un cuidador de tipo particular, en donde la E.P.S no se encuentra obligada a sufragar el mismo por no referirse a aspectos de índole médico, estrictamente requeridos para cuidar, aliviar o mejorar la condición de salud del paciente sino que se dirigen netamente a cuidados personales y de aseo que bien puede realizar otra persona que no tenga calidades médicas,

ello sin querer desconocer que a partir de esta sentencia de tutela la E.P.S deba retirar por completo el servicio de enfermera en casa de al menos ocho (8) horas pues como ya se dijo la condición de persona en situación de discapacidad demanda protección médica que bajo ninguna circunstancia esta Togada comparte en que deba retirarse, por lo que siempre que medie orden médica esta deberá mantenerse.

Bajo los anteriores criterios la Sentencia T-423 del 2.019, Magistrada Ponente DRA. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO respecto a la diferencia entre cuidados extra hospitalarios y la figura del cuidador indicó:

“La Resolución 5269 de 2017 se refiere a la atención domiciliaria como una “modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia”. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

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

Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que “sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”. Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de

servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la lex artis”.

Por todo lo anterior, esta Dependencia Constitucional no podría ordenar que la E.P.S sea quien sufrague por ejemplo los gastos de un cuidador, pues además aunque la madre del paciente indica no estar en condiciones físicas o de salud para atender a su hijo, no se acredita que no cuente con recursos económicos para pagarlo, al aparecer por ejemplo como cotizante del régimen contributivo y no subsidiado, al contar con otra persona que podría ayudarle en dicha labor como su otra hija y hermana del joven DEYBY STID CIFUNETES GUTIÉRREZ de quien tampoco se demuestra su incapacidad económica para coadyuvar a su madre por lo menos en sufragar los gastos de un cuidador, por el contrario es la parte actora quien en su escrito constitucional manifiesta que su hija labora, lo que permite a esta Togada observar que en aras del principio de solidaridad del núcleo familiar con el joven en situación de discapacidad están llamadas a ofrecerle esta mejor condición de vida, pues aunque nos encontremos en un Estado Social de Derecho donde el centro sea la persona, no puede desconocerse que la situación de la salud en Colombia se encuentra golpeada, con recursos limitados en donde se hace estrictamente necesario acudir a estos cuando verdaderamente no se cuentan con los medios económicos para acceder a otros servicios que no están en el Plan Básico de Salud –PBS-, pues si este fuera el caso que nos ocupa ha debido la parte actora demostrar esos supuestos de hecho para contemplar la posibilidad de que fuera el Estado quien entrara a brindarle la asistencia que ni física, ni económicamente pudiese brindar.

Ante ello, no debemos incluso dejar a un lado la situación que actualmente atraviesa el mundo y por supuesto nuestro país respecto de la Pandemia por razón del COVID 19 o CORONAVIRUS y que ha generado que el sistema de salud colombiano se encuentre ad portas del colapso por la necesidad de estar dispuesto para los eventuales casos de los ciudadanos colombianos, generando a que los servicios demandados

del sistema de salud no solo estén debidamente soportados sino que las circunstancias de cada caso en particular estén debidamente acreditados y que en el caso que se falla no se encuentran planteados.

Por todo lo anterior, se **NEGARÁ** el amparo a los derechos solicitados por no encontrarse vulneración alguna de los mismos y corolario con lo expuesto se **ORDENARÁ** la desvinculación de **LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES-** al no encontrarse mérito alguno para dar órdenes al respecto o estar comprometidas en vulneración de garantías fundamentales de la parte actora.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, El Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

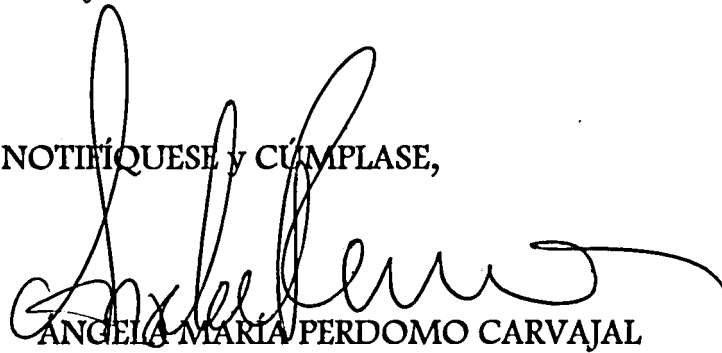
PRIMERO: **NEGAR** la solicitud de amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana del joven DEYBY STID CIFUNTES GUTIÉRREZ, invocados como Agente Oficiosa por su madre FLORALBA GUTIÉRREZ FLÓREZ, al no encontrar este Despacho que los mismos se encuentren amenazados, en los términos de lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **DESVINCULAR** del presente trámite de tutela a **LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y A LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES-**, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Si no fuere impugnado el fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Notifíquese a las partes esta determinación por el medio más expedito y eficaz.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANGELA MARIA PERDOMO CARVAJAL

Juez