



ACCIÓN DE TUTELA
RAD: 04-2020-00150-00
ACCIONANTE: NORA MARIA RIVALDO DE MEJIA.
ACCIONADO: NUEVA EPS.

BARRANQUILLA, OCTUBRE NUEVE (09) DE DOS MIL VEINTE (2.020).

ASUNTO A TRATAR.

Dentro del término previsto procede el despacho a fallar la presente acción de tutela impetrada por la ciudadana, UBERLITH RIVALDO MEJIA, en su condición de hija de la señora NORA MARIA RIVALDO DE MEJIA, en contra de NUEVA EPS por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida en conexidad con la salud, igualdad y dignidad humana consagrados en la constitución nacional.

ANTECEDENTES.

La señora UBERLITH RIVALDO MEJIA, actuando en condición de hija de la señora NORA MARIA RIVALDO DE MEJIA manifiesta:

Que su madre, desde hace varios años padece varias enfermedades, las cuales la tienen postrada en una cama por lo cual no puede valerse por sí misma. Que desde su afiliación a las entidades prestadoras de salud Medimas, siempre le ha dado el servicio de atención domiciliaria con su respectiva enfermera. Teniendo en cuenta que Medimas fue liquidada mi madre fue trasladada a la NUEVA EPS.

Señala, que la patología que presenta su madre es de HEMIPLEJIA POR ISQUEMIA CEREBRAL, INCONTINENCIAURINARIA, ENFERMEDAD DE ALZAIMER, lo cual la imposibilitan para poder valerse por sí misma. Manifiesta, que desde que fue trasladada a NUEVA EPS le han sido suspendidos los servicios de atención en casa o domiciliaria, enfermería asignado. Lo cual ha causado un deterioro en la salud de su señora madre

Indica que en reiteradas ocasiones ha solicitado a NUEVA EPS el reintegro del servicio de atención domiciliaria con enfermera, lo cual ha sido imposible, porque estos alegan que no es necesario; situación contraria a lo manifestado por los médicos tratantes.

El 28 de julio de 2020, se presentó la Dra. MARIA CECILIA GUTIERREZ, adscrita a la NUEVA EPS, quien mediante concepto de acuerdo a la ESCALA DE BARTHEL, diagnosticó el grado de dependencia total de su progenitora.-

PRETENSIONES.

La accionante solicita que se le ordene a la NUEVA EPS, que suministre a su madre tratamiento integral, el cual debe incluir servicio de atención domiciliaria con el servicio de enfermería específicamente con la señora IVIS MANUELA PUA DE CARRILLO, quien lleva muchos años con su cuidado.

Que se continúe con el tratamiento completo con el que le han venido practicando a la señora NORA MARIA RIVALDO DE MEJIA, las entidades prestadoras de salud SALUDCOOP, CAFÉ SALUD y MEDIMAS.

DESCARGOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA:

La entidad accionada no se pronunció dentro del término legal respecto a la demanda de tutela en su contra.

COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, este Despacho Judicial, resulta competente para conocer del amparo invocado, por ocurrir en esta ciudad los hechos que la motivan, lugar donde este Juzgado ejerce su Jurisdicción Constitucional.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA.

El artículo 86 de Nuestra Carta Política consagra: *“Que 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 quién actué a su nombre, la protección inmediata de los derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”*

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La presente acción se entabló debido a que la señora UBERLITH RIVALDO MEJIA considera que la NUEVA EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida en conexidad con la salud, igualdad y a la dignidad humana de su señora madre NORA MARIA RIVALDO DE MEJIA, al no conceder los tratamientos integrales que esta requiere.

Según el artículo 41 de la Constitución Política, es obligación del estado garantizar a todas las personas la atención a la salud, a partir de esta disposición, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en la que ha precisado que el derecho a la salud es un derecho autónomo y fundamental que comprende una amplia gama de facilidades y servicios que hacen posible garantizar el nivel más alto de dicho derecho; Al respecto, en la sentencia T-395 de agosto 3 de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se afirmó:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar 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 de lo posible.”

Respecto al derecho a la salud y su carácter fundamental en sí mismo, mediante fallo T-414 de abril 30 de 2008, se precisó:

“...que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...”

Según el artículo 41 de la Constitución Política, es obligación del estado garantizar a todas las personas la atención a la salud, a partir de esta disposición, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en la que ha precisado que el derecho a la salud es un derecho autónomo y fundamental, que comprende una amplia gama de facilidades y servicios, que hacen posible garantizar el nivel más alto de dicho derecho; Al respecto la Corte Constitucional afirmó:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar 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 de lo posible.”

Respecto al derecho a la salud y su carácter fundamental en sí mismo, mediante fallo T- 414 de abril 30 de 2008, se precisó:

“...que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...

En Sentencia T096/16 la Corte Constitucional indica la procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales:

El artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013, que fija el P. O. S., establece el servicio de 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*». Se trata de un servicio cubierto por el propio P. O. S., siempre que así sea prescrito por el médico tratante, y se caracteriza por su estricta relación con la gestión de la salud (artículo 29 de la misma Resolución).

Una figura diferente es el cuidador de personas en situación de dependencia, que se entiende como aquel que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación de dependencia. En la Sentencia T-154 de 2014, se 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.

Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil

situación en que se encuentran. El cuidador facilita, además, que en la mayor medida posible el paciente tenga y disfrute de los espacios que gozan la generalidad, como, por ejemplo, la realización de actividades manuales o lúdicas, de distracción y recreación, de deporte, etcétera.

Todo esto, por supuesto, dependiendo de las circunstancias en que se halle el sujeto, pues en algunos casos los servicios del cuidador se limitarán a la asistencia de la persona dependiente en la mera realización de sus actividades y necesidades básicas. Por ejemplo, cuando aquella tiene limitada drásticamente la locomoción y debe permanecer en un solo sitio la mayoría del día o en aquellos eventos en que su condición prácticamente le impide realizar todo tipo de actividades físicas, caso en el cual el cuidador se encarga de ayudarlo en su aseo e higiene personal, a suministrarle los medicamentos que consume, a organizar y mantenerle adecuados los espacios físicos y el lugar que utiliza para descansar.

El servicio de cuidador, sin embargo, está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca *«recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores»*. Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad.

En la Sentencia T-801 de 1998¹, reiterada en la providencia T-154 de 2014², esta Corporación expresó: *«(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)»*.

Con todo, es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el deber en mención permanece en la familia si dan ciertas condiciones y puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. La responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el

¹ M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

² M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, no por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que lo cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.

Por el contrario, si una de las anteriores condiciones no concurre y, en especial, los que rodean a quien requiere el cuidado no se hallan en posibilidad de atenderlo de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, que compromete la subsistencia digna de una persona quien, por razón de su enfermedad, de sus padecimientos, no se puede valer por sí sola y se halla en total indefensión y riesgo de perecer ante su propia debilidad³. La Corte ha sostenido:

«En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia».

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el pariente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con todo, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado. (Subrayas del juzgado)

En este evento la señora UBERLITH RIVALDO MEJIA, en condición de hija de la tutelante, ha puesto de presente que: "... es muy difícil, cuidarla porque como cabeza de familia tengo que laborar y recientemente he sido intervenida quirúrgicamente en la columna vertebral. Entonces la señora UBERLITH RIVALDO, ha dicho que ella misma no está en condiciones de, pero no ha expresado si su madre, la accionante, cuente o no con otros familiares que puedan cumplir con esa obligación familiar.

Acerca de la necesidad de respaldar las peticiones en tutela con el debido soporte probatorio, la Corte Constitucional en sentencia T 601 de 2009, nos dice:

³ Ibid.

“De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente su transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien invoca un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba o le generen un convencimiento sobre la veracidad del mismo,”

Debía pues acreditarse que la accionante no contase con ningún familiar que le pudiese atender en sus necesidades, prueba que se echa de menos pues su hija UBERLITH RIVALDO MEJIA, solamente puso de presente su dificultad para atenderla, pero, se repite, nada dijo de si existían o no otros familiares que estuvieren o no en condiciones de atender a la accionante, y en caso de que no pudieren, justificar las razones de ello..

Con base a las consideraciones arriba expuestas el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional solicitado por la señora UBERLITH RIVALDO MEJIA en nombre de su madre señora NORA MARIA RIVALDO DE MEJIA en contra de NUEVA EPS.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes el presente proveído.

TERCERO: En caso de no ser impugnada esta sentencia, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Firmado Por:

**JAVIER VELASQUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 CIVIL DEL CIRCUITO BARRANQUILLA**

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:

82c383bcb45c95cd671f31fbc1b94157d9bd01eb1e0c107a5877a7fefedfb4c6

Documento generado en 09/10/2020 07:12:30 p.m.