El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / NO EXISTE ORDEN MÉDICA QUE PRESCRIBA LO PEDIDO / NI LA ACCIONANTE LO HA SOLICITADO EXPRESAMENTE A LA EPS.**

… el derecho a la salud ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo, que se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física de las personas. Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, que dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que 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. (…)

… la acción de tutela resulta improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues en el plenario no obra prueba alguna de que la accionante haya elevado petición relacionada con las pretensiones del presente amparo ante la entidad accionada.

Vistas así las cosas, se infiere la inviabilidad del amparo, por cuanto se observa que, frente a la pretensión de que se brinde una atención integral en salud… nada le ha pedido la accionante expresamente a la entidad accionada, de manera que obligue un pronunciamiento explícito de la misma sobre el particular.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala No. 5 de Asuntos Penales para Adolescentes

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 374 de 20-08-2019

Referencia: 66001-31-18-002-**2019-00115**-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada por la señora MARGARITA VALENCIA OSORIO, frente a la sentencia del 10 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, en la acción de tutela interpuesta por la opugnante contra la NUEVA EPS.

**II. ANTECEDENTES**

1.La señora MARGARITA VALENCIA OSORIO, por intermedio de apoderado judicial, promovió el amparo constitucional al considerar que la NUEVA EPS, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. La señora MARGARITA VALENCIA OSORIO, quien se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, dentro de su historial médico cuenta con los siguientes diagnósticos: “Polineuropatía Chart Marie Toth”, “movilidad reducida” y “dolor crónico intratable”.

2.2. Fue calificada por la mencionada EPS con una puntuación de 40 en la escala de Barthel, lo que se traduce en la imposibilidad de cuidarse por sí misma, incapacitada, requiere asistencia especial, atención institucional u hospitalaria, ya que la enfermedad puede progresar rápidamente.

2.3. Convive únicamente con su padre, un adulto mayor que no tiene la capacidad física ni económica de cuidarla y velar por la paciente, mucho menos ella misma que carece de todo recurso.

2.4. A pesar de las condiciones tan deplorables en cuanto a su estado de salud y calidad de vida, la NUEVA EPS no le brinda una verdadera atención integral, entre otras cosas, no le provee de un cuidador (enfermera o enfermero) permanente para que la socorra, la ayude y la acompañe en sus más vitales y básicas actividades de la vida diaria, la fisioterapia no es continua, los insumos requeridos para que su enfermedad no se agrave son insuficientes.

3. Solicita se ordene a la NUEVA EPS brindar una atención integral en salud a la accionante, lo que comporta la designación de un acompañante permanente (auxiliar de enfermería) que la socorra o la acompañe en las más básicas actividades de la vida diaria; un esquema de fisioterapia continuo con miras a que la enfermedad no se haga cada vez más degenerativa; la provisión de todos los insumos necesarios para que la paciente no sufra el deterioro en su cuerpo físico que la enfermedad le puede acarrear; y, todas aquellas acciones que resulten de las anteriores y que sean necesarias para el buen devenir de su salud.

4. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, quien por auto del 26 de junio avocó su conocimiento y dispuso su notificación y traslado.

4.1. El apoderado judicial de la NUEVA EPS - Regional Eje Cafetero, reconoce que la señora MARGARITA VALENCIA OSORIO es su afiliada, informa que ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios solicitados por la usuaria. Aclara que el servicio médico de auxiliar de enfermería domiciliaria no cuenta con orden médica, por lo tanto no se tiene certeza si realmente fue un galeno quien lo prescribió o por el contrario lo solicitado obedece a peticiones infundadas de los familiares de la accionante. Se recurre al mecanismo tutelar, con la finalidad de que se apruebe el servicio de cuidador, para realizar tareas de acompañamiento, suministro de alimentos y curaciones básicas, siendo su grupo familiar quien debe hacerse cargo de estas funciones, en aplicación de los principios de solidaridad y corresponsabilidad, pues no obra prueba alguna en la tutela de que la accionante requiera servicios de salud domiciliarios. Solicita no conceder el amparo y su desvinculación por improcedente, pues presta oportuna y eficientemente el servicio de salud a la accionante; negar el suministro de cuidador y/o auxiliar de enfermería por exceder la órbita de cobertura del plan de beneficios; y, como petición subsidiaria, se le faculte para obtener el recobro frente a la ADRES por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela. (fls. 27-32 cuaderno principal).

**III. EL FALLO IMPUGNADO**

Culminó la primera instancia con sentencia del 10 de julio pasado que negó el amparo invocado. Para decidir así, previa cita jurisprudencial aplicable al caso concreto, concluyó que “…*en el presente caso no se cumple con los requisitos jurisprudenciales para que el juez constitucional proceda a ordenar el suministro del servicio de enfermería y/o cuidador, pues está claramente demostrado que no existe orden del médico tratante que sirva como base para proferir la orden pedida; no se puede obligar a la entidad accionada a que autorice unos servicios no ordenados por el médico tratante, pues estaríamos trasgrediendo la normatividad legal y jurisprudencial ya conocidas.*

*(…) contrario a lo expresado por la actora, la entidad ha venido prestando los servicios de salud requeridos por su afiliada, aunado a lo anterior se tiene que de la copia de la historia clínica de atención se puede extractar que tiene el servicio de atención médica en casa.*” (fls. 38-42 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La señora MARGARITA VALENCIA OSORIO, por intermedio de apoderado judicial, impugnó el fallo con similares argumentos a los expuestos en el escrito de tutela. Se queja de que el juez no hizo eco a la solicitud de arrimar al trámite prueba testimonial, ni tampoco utilizó sus facultades oficiosas para decretar pruebas que le hubieran proporcionado las herramientas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos. Afirma que con la solicitud de amparo se adjuntó la ficha de diligenciamiento de la escala de Barthel y Karnofsky con una calificación de 40 puntos, diligenciada por la doctora Diana Carolina Salazar Becerra adscrita a la EPS accionada. Luego entonces, si en su análisis concluye que la paciente no puede valerse por sí misma, pero además está incapacitada y requiere cuidado y asistencia especial, atención institucional u hospitalaria equivalente, porque la enfermedad puede progresar rápidamente, entonces eso quiere decir, necesariamente que necesita el apoyo de un tercero calificado, y no del cuidado de la familia. (fls. 46-50 id.).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares.

3. Por otra parte, el derecho a la salud ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo, que se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física de las personas. Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, que dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que 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.

4. La Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, en su artículo 2°, señaló:

*“Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

*Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”*

**VI. DEL CASO CONCRETO**

1. Solicita la señora MARGARITA VALENCIA OSORIO, se ordene a la entidad accionada, brindarle una atención integral en salud, que incluya la designación de un acompañante permanente (auxiliar de enfermería) que la socorra o la acompañe en las más básicas actividades de la vida diaria; un esquema de fisioterapia continuo con miras a que la enfermedad no se haga cada vez más degenerativa; la provisión de todos los insumos necesarios para que no sufra el deterioro en su cuerpo físico que la enfermedad le puede acarrear; y, todas aquellas acciones que resulten de las anteriores y que sean necesarias para el buen devenir de su salud.

2. El funcionario judicial de primer grado, negó el amparo reclamado, con sustento en que no existía orden del médico tratante que sirva como base para proferir la orden pedida; y que, la entidad ha venido prestando los servicios de salud requeridos por su afiliada, aunado a que de la copia de la historia clínica de atención se puede extractar que cuenta con el servicio de atención médica en casa.

3. La accionante impugnó el fallo, para solicitar su revocatoria, por cuanto se adjuntó ficha de diligenciamiento de la escala de Barthel y Karnofsky, diligenciada por médica adscrita a la EPS accionada, en la que se concluye que no puede valerse por sí misma, está incapacitada y requiere cuidado y asistencia especial, atención institucional u hospitalaria equivalente, porque la enfermedad puede progresar rápidamente.

4. Por su parte, la entidad promotora de salud, niega lo aseverado por su usuraria, por el contrario, refiere que ha asumiendo todos y cada uno de los servicios solicitados por ella y que el servicio médico de auxiliar de enfermería domiciliaria, no cuenta con orden médica.

5. De acuerdo con las pruebas aportadas con el escrito de tutela, se tiene que de la “Historia Clínica Atención” (fl. 16 id.), la que por demás no es actual, pues al parecer data del año 2017, la demandante cuenta con atención domiciliaria. Se anexó también el documento “ESCALA DE BARTHEL” y “ESCALA DE PERFORMANCE DE KARNOFSKY” (fl. 17 id.).

6. No obra orden médica alguna que soporte lo solicitado por la parte accionante, por el contrario como se expuso, el acervo probatorio – historia clínica – demuestra lo contrario.

7. Ahora bien, la acción de tutela resulta improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues en el plenario no obra prueba alguna de que la accionante haya elevado petición relacionada con las pretensiones del presente amparo ante la entidad accionada.

8. Vistas así las cosas, se infiere la inviabilidad del amparo, por cuanto se observa que, frente a la pretensión de que se brinde una atención integral en salud, que incluya la designación de un acompañante permanente (auxiliar de enfermería); un esquema de fisioterapia continuo; la provisión de todos los insumos necesarios; y todas aquellas acciones que resulten de las anteriores y que sean necesarias para su salud, nada le ha pedido la accionante expresamente a la entidad accionada, de manera que obligue un pronunciamiento explícito de la misma sobre el particular. Solo a partir de allí, podría empezar a analizarse si la aparente omisión resulta lesiva de sus derechos fundamentales.

9. Es claro que la acción de tutela no está llamada a prosperar cuando se omitió acudir previamente ante la entidad accionada y formular las respectivas solicitudes.

10. De las anteriores consideraciones se concluye que la NUEVA EPS, no ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la plurimencionada actora.

11. En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores, se confirmará el fallo impugnado.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 5 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR el falloproferido el 10 de julio de 2019 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira.

**SEGUNDO:** NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5º. del Decreto 306 de 1992).

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

(Con salvamento de voto)

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**