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 / ALCANCE RESPECTO DE PERSONAS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA / PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / CUIDADOR DOMICILIARIO / DEFINICIÓN / ES OBLIGACIÓN SUBSIDIARIA DEL ESTADO, POR INTERMEDIO DE LAS EPS.**

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 Constitucional y reglamentado por la Ley 1751 de 2015 como un servicio público esencial y obligatorio, elevado a la categoría de derecho fundamental, que se incrementa y se afianza en algunos sujetos, Vrg. aquellos que hacen parte de los grupos poblacionales catalogados como de protección constitucional reforzada, como los ancianos, los niños…

… se puede afirmar que en el presente asunto la acción de tutela deviene en procedente y se torna en un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud de la señora Aracelly Valencia de Jiménez, quien hace parte del grupo poblacional de la tercera edad…

El servicio de cuidador domiciliario se encuentra contemplado en el artículo 3º de la Resolución Nro. 5928 de 2016 en los siguientes términos:

“Definición de cuidador. Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas...”

La Corte Constitucional se ha referido al tema del servicio de cuidador domiciliario indicando que, de manera inicial, en virtud del principio de solidaridad de la familia, debe ser precisamente el núcleo familiar quien se encargue de garantizar el apoyo físico y emocional para las personas que dependen totalmente de terceros para realizar cualquier actividad básica, y es que debemos tener en cuenta que las exigencias de tal actividad de cuidado no requieren los conocimientos especializados de un profesional; sin embargo, de llegarse a estar en una imposibilidad material para brindar dichas atenciones por parte de la familia, este debe recaer subsecuentemente en cabeza del Estado a través de las empresas prestadoras de los servicios de salud…

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veinticinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado por Acta No. 836

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 66170-31-04-002-2021-00056-01 |
| **Procedencia:** | Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas  |
| **Titular:**  | Aracely Valencia de Jiménez  |
| **Agente oficioso:**  | Jhon Sebastián Arbeláez Jiménez |
| **Accionado:**  | Nueva EPS  |
| **Decisión:**  | Revoca y concede |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por parte de JHON SEBASTIÁN ARBELÁEZ JIMÉNEZ, agente oficioso de la señora ARACELY VALENCIA DE JIMÉNEZ, en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas mediante el cual se determinó no tutelar el derecho a la salud de la señora Aracely Valencia de Jiménez.

**ANTECEDENTES:**

Manifiesta el accionante, que la señora Aracely Valencia de Jiménez, de 86 años de edad presenta actualmente severos problemas de salud, lo que ha desencadenado en que actualmente dependa en un todo de terceras personas para poder llevar a cabo sus actividades básicas diarias, como comer, vestirse, ir al baño, entre otras, la señora Aracelly presenta hipertensión arterial, angina inestable, glaucoma bilateral, trastorno de equilibrio multifactorial, demencia senil, incapacidad para controlar esfínteres; al realizársele la prueba Barthel, el médico recomendó el servicio de HOMECARE o cuidador domiciliario.

De acuerdo con el accionante, la señora Valencia de Jiménez vive únicamente con su esposo mayor de 90 años y al no contar con otra persona que pueda colaborar con sus cuidados, ha sido precisamente el esposo el que con dificultades ha asumido su cuidado.

La señora Aracelly tiene una hija de más de 50 años que vive a parte y tiene a cargo menores estudiantes.

Finalmente indica que ni el señor Gustavo Jiménez esposo de la señora Aracely Valencia, ni su hija, cuentan con los recursos para pagar un servicio de cuidador que mejore sus condiciones de salud, por lo que fue solicitado a la NUEVA EPS, que no dio respuesta positiva ni realizó el procedimiento correcto para analizar la solicitud, por ello considera que se le está vulnerando el derecho a la salud a la señora Valencia.

**PRETENSIONES:**

De acuerdo con los hechos anteriormente relacionados, el accionante en representación de la titular Aracely Valencia de Jiménez, solicita que se disponga y ordene a la NUEVA EPS asignar un cuidador o enfermero que pueda asistir a la señora Valencia en su diario vivir.

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

**Admisión:**

La acción de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda el día 19 de agosto de 2021, ordenando a través del auto correr traslado a la entidad accionada para que ejerza su derecho de defensa.

El 01 de septiembre de 2021 se solicitó información adicional del caso al accionante, quien informó que el núcleo familiar de la señora Aracely está compuesto únicamente por su esposo e hija con quien no convive. Informa además que la titular no cuenta con ayudas para su sostenimiento, no tiene personas a su cargo ni posee bienes muebles o inmuebles. Finalmente discrimina ingresos de un millón de pesos por parte del cónyuge de la titular y gastos por novecientos treinta y tres mil seiscientos pesos.

**Intervenciones:**

Dentro del término de traslado se recibió respuesta por parte de la entidad accionada

**NUEVA EPS:** considera la entidad que la solicitud de cuidador busca delegar en el estado la obligación que le asiste al núcleo familiar con la paciente, pues esta no requiere servicios de enfermería sino cuidados básicos.

Indicó que el accionante no allegó prueba alguna de que la titular requiera servicios de salud domiciliarios, por lo que descargar la responsabilidad de cuidado en la entidad atentaría directamente contra los recursos de la salud, por ello establece que se debe dar aplicación al principio de solidaridad que determina que la familia es el núcleo primario de atención y que según el código civil los hijos tienen deberes que cumplir con los padres entorno al auxilio que requieran por su edad.

Resalta a través de variada jurisprudencia que la Corte Constitucional en cuanto al servicio de cuidador ha dicho que en principio no debe ser asumido por el sistema de salud y que en términos generales, el cuidado y la atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que vivan con ellas.

Teniendo en cuenta que la NUEVA EPS no se encuentra vulnerando ningún derecho fundamental de la señora Aracely Valencia de Jiménez, y con base en los argumentos anteriormente mencionados, la entidad solicita no conceder la acción por ser improcedente y negar la solicitud de cuidador domiciliario, declarando que la NUEVA EPS no ha vulnerado los derechos de la afiliada en relación con lo pretendido.

**Sentencia de primera instancia:**

El 01 de septiembre de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, considerando los elementos fácticos del caso, decidió no tutelar el derecho fundamental a la salud invocado por el señor Jhon Sebastián Arbeláez Jiménez en favor de la señora Aracely Valencia de Jiménez.

El Despacho tomó esa decisión indicando inicialmente que el derecho fundamental a la salud busca la prestación de dicho servicio a todos los ciudadanos de manera integral. En cuanto al servicio de cuidador citó a la Corte Constitucional, quien ha determinado que es necesaria la participación de la familia en el cuidado de las personas que requieran apoyo y que, salvo que la carga del cuidado resulte desproporcionada para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia, es esta la principal obligada de asumir esa tarea, igualmente referencia a la Corte cuando establece que solo en casos excepcionales se trasladará la obligación al Estado, al acreditarse imposibilidad material de la familia (que no exista capacidad física para prestar la atención, se deba suplir otras obligaciones con los recursos económicos de subsistencia, no sea posible la capacitación a la familia y se carezca de los medios económicos para asumir el costo de contratación de una persona de tal servicio).

Teniendo en cuenta estas nociones, el Despacho consideró que si bien la señora Valencia de Jiménez presenta dependencia total para realizar actividades del diario vivir, no se demostró que no se contara con familia extensa que pudiese procurar su cuidado, ni se informó plenamente las razones por las que su hija no pudiese asumir esa tarea. Además, la titular de la acción figura ante NUEVA EPS como cotizante.

En contra de la anterior decisión, el señor Jhon Sebastián Arbeláez Jiménez presentó dentro del término legalmente previsto el recurso de impugnación.

-      **Sinopsis de la impugnación:**

Indicó el recurrente, además de reafirmar los hechos que dieron inicio a la acción de tutela, que la persona que en el momento ayuda a la señora Aracely Valencia es su esposo, una persona de la tercera edad que se ha visto afectado en su salud por los esfuerzos del cuidado que requiere la titular.

En cuanto a la situación de la hija de la titular, la señora Diana Patricia Jiménez Valencia, esta no labora por lo que no puede contratar los servicios de un cuidador y no puede asumir la labor ella misma pues se encuentra al cuidado y atención de una hija menor de edad, por lo que no podría ejercer el apoyo requerido por su madre la totalidad del tiempo.

Se remitió a la sentencia T-065 de 2018 de la Corte Constitucional que reconoce la existencia de eventos excepcionales cuando *“(i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado, -la familia del paciente-, está “imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado, quien deberá́ asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia”* requerimientos que se cumplen según los dichos del accionante, en tanto la NUEVA EPS ha expedido documento detallando el estado de salud de la titular y el núcleo familiar no cuenta con las condiciones para brindar los servicios de cuidador a la señora Valencia.

Por estas razones solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto a la señora Aracely Valencia Jiménez se le están afectando directamente los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y seguidamente a su cónyuge quien se ve afectado por la situación.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**1. Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema Jurídico:**

Acorde con los planteamientos de disenso propuestos por la recurrente, la Colegiatura considera que el problema jurídico gira en torno a determinar si hay lugar a conceder la solicitud de amparo, por considerar que es viable conceder el servicio de cuidador domiciliario para la señora Aracelly Valencia de Jiménez; o si por el contrario, la decisión de primer nivel estuvo ajustada a derecho.

**3. Solución:**

**Sobre el derecho a la salud:**

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 Constitucional y reglamentado por la Ley 1751 de 2015 como un servicio público esencial y obligatorio, elevado a la categoría de derecho fundamental, que se incrementa y se afianza en algunos sujetos, *Vrg.* aquellos que hacen parte de los grupos poblacionales catalogados como de protección constitucional reforzada, **como los ancianos**, los niños y las personas en condición de discapacidad.

Bajo ese entendido, todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a contar con atención en salud a través de cualquiera de los regímenes de seguridad social vigentes en nuestro país, como una materialización del derecho a la igualdad, aunado a ello, la Máxima Guardiana Constitucional ha sostenido, tras efectuar una interpretación de las normas antes aludidas, que su protección asegura también el principio constitucional de la dignidad humana.

Sin embargo, al momento de solicitar la protección del derecho a la salud vía tutela, es deber del Juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, por cuanto existe un límite razonable a su ejercicio:

*“… los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i)* ***esté amenazada la dignidad humana del peticionario****; (ii)* ***el actor sea un sujeto de especial protección constitucional*** *y/o (iii)* ***el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho****.”[[1]](#footnote-1)*

Con base en ello, se puede afirmar que en el presente asunto la acción de tutela deviene en procedente y se torna en un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud de la señora Aracelly Valencia de Jiménez, quien hace parte del grupo poblacional de la tercera edad y además se encuentra postrada en cama.

**Sobre el servicio de cuidador domiciliario como garantía de acceso al principio de dignidad humana y a la salud:**

El servicio de cuidador domiciliario se encuentra contemplado en el artículo 3º de la Resolución Nro. 5928 de 2016 en los siguientes términos:

*“Definición de cuidador. Se entiende por cuidador, aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad,* ***que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas****...”*

La Corte Constitucional se ha referido al tema del servicio de cuidador domiciliario indicando que, de manera inicial, en virtud del principio de solidaridad de la familia, debe ser precisamente el núcleo familiar quien se encargue de garantizar el apoyo físico y emocional para las personas que dependen totalmente de terceros para realizar cualquier actividad básica, y es que debemos tener en cuenta que las exigencias de tal actividad de cuidado no requieren los conocimientos especializados de un profesional; sin embargo, de llegarse a estar en una imposibilidad material para brindar dichas atenciones por parte de la familia, este debe recaer subsecuentemente en cabeza del Estado a través de las empresas prestadoras de los servicios de salud; además, es pertinente reconocer y enfatizar, como el Alto Tribunal Constitucional lo ha sostenido, que no puede exigírsele a las personas que sacrifiquen el goce de sus derechos fundamentales a nombre de aquellas a quienes deben asistir; mírese:

*“(…) La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro reciproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad. (…)*

*Para esta Corte,* ***los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar****, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores,* ***a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible****.*

*Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i)* ***existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales*** *y (ii)* ***en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas*** *y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.*

*Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.*

*(…)*

*4.4. En conclusión, respecto de las atenciones o cuidados que pueda requerir un paciente en su domicilio, se tiene que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, sin que el juez constitucional pueda arrogarse dicha función so pena de exceder su competencia y ámbito de experticia; y (ii)* ***en lo relacionado con la atención de cuidador, esta Corte ha concluido que se trata de un servicio que****, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que,* ***en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.”***

Trasladando los anteriores presupuestos al caso en estudio, y bajo la premisa cierta que la señora Aracelly Valencia de Jiménez, sumado a su avanzada edad, padece diferentes enfermedades que hoy en día le impiden valerse por sí misma y llevar a cabo de manera autónoma actividades cotidianas básicas como bañarse, vestirse, comer o ir al baño, es claro que para prodigársele una vida en condiciones dignas, requiere de un cuidador que le asista en cada una de ellas.

En el caso bajo estudio, tenemos que si bien la hija de la señora Aracelly es una persona en principio apta para asumir sus cuidados, no podemos desconocer que vive en un núcleo familiar separado y que tiene a su cargo el cuidado de una menor de edad, lo que le impiden asumir de manera permanente esa especial y ardua labor, pues no se puede desconocer que la misma se convierte en una tarea excesivamente difícil de sobrellevar.

Es de anotar que obra en el expediente una recomendación médica para que se le suministre a la señora Aracelly Valencia el servicio de home care o cuidador domiciliario, a la cual, de manera INJUSTIFICADA, no se le dio ningún tipo de trámite por parte de la EPS, lo que le sirve de base a esta Colegiatura para concluir que si bien en principio el servicio de cuidador debería ser asumido por la familia, en casos excepcionales como el presente debe ser asumido por el Estado a través de la respectiva EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente.

Bajo las anteriores premisas, la Colegiatura considera que hay lugar a conceder en favor de la señora Aracelly Valencia el servicio de cuidador domiciliario, no sin antes declarar que previo a ello la NUEVA EPS deberá efectuar una valoración médica a dicha ciudadana, dentro de la cual se determine por parte del médico tratante por cuánto tiempo se requiere la prestación del servicio de HOME CARE, dado que en la orden con que se cuenta el Galeno no especificó durante cuántas horas.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar **TUTELAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD** de la señora **ARACELLY VALENCIA DE JIMÉNEZ**

**SEGUNDO:** ordenar a la **NUEVA EPS** que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, efectúe las gestiones administrativas correspondientes a efectos de realizar una valoración médica a la señora **ARACELLY VALENCIA DE JIMÉNEZ**, dentro de la cual se determine por parte del médico tratante por cuánto tiempo se requiere la prestación del servicio de HOME CARE.

**TERCERO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y Remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

En ausencia justificada

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado Magistrado

1. Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-922 de 2009 y T-189 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)