TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-191/24

DERECHO A LA SALUD-Suministro domiciliario del servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios en Salud

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos y principios

ATENCION DOMICILIARIA-Diferencia entre cuidador y auxiliar de enfermería

SERVICIO DE ENFERMERIA DOMICILIARIA DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD-Médico tratante deberá ordenarlo

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción

CUIDADOR-Definición

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Requisitos para el suministro por parte de EPS

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Casos en que procede la orden de tratamiento integral

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPS autorizar el servicio de enfermería domiciliaria en las condiciones que determine el médico tratante

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Octava de Revisión

SENTENCIA T- 191 DE 2024

Referencia: Expediente T-9.706.404

Acción de tutela instaurada por Constanza como agente oficiosa del menor Félix contra Nueva E.P.S.

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo y Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, y el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido en única instancia el 18 de agosto de 2023 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, Santander, que resolvió negar la acción de tutela instaurada por Constanza, quien como agente oficiosa actuó en nombre del menor Félix contra Nueva EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y salud.

Mediante auto de 30 de noviembre de 2023, notificado por estado no. 18 del 15 de diciembre de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Once escogió el expediente T-9.706.404 para su revisión. Ese mismo día, la Secretaría General remitió el expediente al despacho de la magistrada sustanciadora para lo de su competencia.

Aclaración preliminar: en el siguiente caso se analiza la historia clínica e información de salud de un menor de edad. Por este motivo, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, se ordenará modificar de esta providencia y de toda futura publicación, su nombre y cualquier dato e información que permita su identificación. En consecuencia, para efectos de identificarlo se utilizará un nombre ficticio. Por ello, la Sala Octava de Revisión

emitirá dos copias de esta providencia, con la diferencia de que en el fallo que se publique se utilizará el nombre ficticio.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Hechos y solicitud

1.1. El 08 de agosto de 2023, la agente oficiosa Constanza, actuando en nombre del menor Félix, de 6 meses de edad, quien se encuentra afiliado a la Nueva EPS en calidad de beneficiario en el régimen subsidiado, y al cuidado de una institución por situación de abandono, interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

1.2. Manifestó que acudió al llamado de un reporte de abandono del área de trabajo social de la Fundación Cardiovascular de Colombia, en relación con el menor Félix, cuando tenía menos de un mes de nacido, lugar al que ingresó el 26 de febrero de 2023 con: "enfermedad de la orina en jarabe de arce – sepsis debida a otros organismos gramnegativos- síndrome inflamatorio multisistémico asociado con covid-19, no especificado, otras epilepsias"; además de lo anotado, en otro aparte de la historia clínica se consignó: "…manejo por especialista de enfermedades metabólicas con terapia nutricional especial, en espera de reportes de estudios genéticos y plan de atención domiciliario que garantice los cuidados de este paciente que se encuentra en cuidado paliativo".

1.3. Según la accionante, la situación de abandono fue provocada por la propia madre del menor, quien había manifestado su intención de no poder hacerse cargo de su hijo por los costos que implicarían los cuidados médicos. En tal sentido, una institución inició un proceso de restablecimiento de derechos en el que se ordenó la ubicación provisional en un hogar con una madre sustituta.

1.4. Constanza expresó su preocupación por la compleja condición médica del menor, puesto que se le dio salida el 04 de agosto de 2023, tiempo en el que le realizaron algunos procedimientos para estabilizar su salud, y por el hecho de que Servired, operador que tiene a cargo algunos hogares sustitutos de la Institución, manifestó que estos no cuentan con ciertas condiciones para mantener al menor con todos los cuidados necesarios, como la atención constante de un cuidador. En ese sentido, narró, que el único hogar sustituto

disponible fue el de la señora Amanda, que tiene a cargo cuatro niños con medidas de protección, en edades de quince años, tres años, un año y siete meses, con varios tipos de vulneración de derechos.

1.5. Sostuvo que el día 25 de julio de 2023, hizo una petición formal ante la Nueva EPS para que se le asignara un cuidador a Félix explicando toda la situación y particularidades del mismo, el cual ha estado con cuidados paliativos en el Hospital Internacional de Colombia; sin embargo, en respuesta del 29 de julio de 2023, la aseguradora realizando claridad acerca del servicio de cuidador y del servicio de enfermería, negó la solicitud haciendo precisión de la falta de cumplimiento de los requisitos para acceder al servicio de cuidador.

1.6. Adicionalmente, resaltó que desde que ocurrió el abandono, ningún familiar ni miembro de la comunidad indígena O'pa, manifestó interés en el proceso de atención de Félix, quien pertenece a esa comunidad. Por lo expuesto, solicitó que se amparen los derechos constitucionales del menor y que se ordene a la EPS se autorice el servicio de cuidador y/o enfermero, mientras el menor permanezca al cuidado del hogar sustituto asignando a la señora Amanda, a cargo de cuatro menores de edad, y el tratamiento integral por las patologías que tiene.

2. 2. Trámite de la acción de tutela

2.1. Mediante auto del 08 de agosto de 2023, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, Santander, avocó el conocimiento de la acción de tutela; asimismo, vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES y a la Secretaría de Salud Departamental de Santander; por lo que les corrió traslado, para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, acorde con lo preceptuado por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

3. Contestación de la demanda

3.1. NUEVA EPS

3.1.1. Por intermedio de apoderada especial, la Nueva EPS emitió respuesta en la que indicó que el menor Félix es un afiliado activo en el régimen subsidiado, el cual viene recibiendo todos los servicios en salud que ha requerido, dentro del marco normativo que regula las

prestaciones del Plan de Beneficios en Salud; igualmente, se refirió a la acción de tutela haciendo énfasis en su carácter residual y subsidiario, mencionando los casos en que es procedente, acorde con la jurisprudencia constitucional. En lo que respecta al servicio de cuidador, la entidad demandada refirió que, dentro de la historia clínica del menor no se evidencian órdenes que determinen la pertinencia médica del servicio de cuidador o de enfermería domiciliaria, solo se detalla una orden médica de médico general que dice: "auxiliar de enfermería por 4hrs día por 3 días para entrenamiento a familiares en cuidados y manejo de paciente a su egreso hospitalario", recalcando que éste depende del criterio y autonomía médica y no de los deseos del paciente o familiar. En este punto, aludió al derecho al diagnóstico, en donde la Corte ha sentado su jurisprudencia.

3.1.2. Por otro lado, mencionó los artículos 5° y 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, para afirmar que hay una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud y concluyó que, el Sistema General de Seguridad Social en Salud financia la totalidad de los servicios y tecnologías en salud que se encuentren dentro del Plan de Beneficios de Salud, empero se excluye los que no hayan sido autorizados. De esta manera, retomó el concepto de cuidador, citando la sentencia T-154 de 2014, y sostuvo que: "el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas", que se funda en el principio de solidaridad y lo diferenció del servicio de enfermería domiciliaria. Otros acápites a los que se hizo referencia en la respuesta son los que tienen que ver con el deber de cuidado y auxilio de los padres hacia los hijos (Artículo 46 de la Constitución Política) y la lex artis, entendida como la autonomía profesional relacionada con el diagnóstico y tratamiento de los pacientes.

3.1.3. Por último, hizo referencia a la garantía del tratamiento integral en Félix y solicitó no concederla por cuanto se trataría de derechos a futuro, no causados; por tanto, explicó que la integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y las coberturas que establece la Ley. A partir de lo anterior, sostuvo que al tratarse del requerimiento de un cuidador domiciliario, el cual es solicitado por la accionante con la finalidad de satisfacer los cuidados y asistencia básica, apoyo en actividades fisiológicas e instrumentales de la vida cotidiana, las que se requieren al tratarse de un menor de cinco meses de edad, ante la falta de cuidado por parte de la familia, corresponde a la institución del Estado, velar por el cuidado y asistencia del menor bajo el principio de solidaridad y garantía de los derechos de los niños y niñas, como ocurre en el

presente caso a través de una madre sustituta.

3.1.4. En un escrito posterior y adicional, la Nueva EPS allegó algunas gestiones realizadas con su prestador del servicio de atención domiciliaria, IPS Meditep, que data del 11 de agosto de 2023, en la que se programó valoración médica al menor Félix para el 28 de agosto de 2023 con el médico tratante, con el fin de valorar la pertinencia de lo pretendido.

3.2. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-

3.2.1. El apoderado judicial de la vinculada comenzó por señalar la naturaleza jurídica de la entidad; luego, hizo referencia a algunos derechos fundamentales presuntamente vulnerados acorde con la demanda; posteriormente, señaló que el aseguramiento y la atención de los servicios de salud son funciones indelegables de las EPS y no de la ADRES, como tampoco tiene competencias de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS. Por lo tanto, en el caso concreto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la vinculada. Llamó la atención en que las EPS están obligadas a garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual deben conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de dar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo la vida o la salud del usuario, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud cuenta con varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

3.2.2. De esta manera, también se refirió a la extinta faculta de recobro que existía con el FOSYGA, cuando no se había creado la ADRES. Así pues, por falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitó negar el amparo en lo que tiene que ver con su representada, ya que es innegable que no ha desplegado ningún tipo de conducta que afecte los derechos fundamentales del actor. Asimismo, imploró que se niegue cualquier solicitud de recobro por la EPS, en tanto los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos (techos).

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Copia de historia clínica de Felíx, correspondiente a la hospitalización que tuvo en la Fundación Cardiovascular de Colombia en el mes de julio de 2023, en la cual se puede

evidenciar el tratamiento médico dado al menor por dicha institución.

4.2. Respuesta nugatoria de la Nueva EPS de fecha 29 de julio de 2023, a solicitud de asignación de enfermera o cuidador 24/7 elevada por Constanza en favor del menor Félix.

4.3. Copia de historia clínica de Félix, correspondiente a la valoración médica intrahospitalaria, efectuada por el prestador responsable de brindar el programa de atención domiciliaria (PAD) del 29 de junio de 2023, en donde se observa orden de médico tratante en la que se lee: "auxiliar de enfermería por 4 horas día, por 3 días para entrenamiento a familiares en cuidado y manejo del paciente a su egreso hospitalario".

4.4. En sede de revisión, se allegó copia de resumen de historia clínica del 05 de marzo de 2024, de Félix, correspondiente a la valoración médica intrahospitalaria de neuropediatra, en la que solicita junta médica interdisciplinaria con las especialidades de: neumología pediátrica, gastroenterología pediátrica, neurología pediátrica – especialista de errores innatos del metabolismo y pediatría, con informe de trabajo social previo. También se observa que la señora Betty, respecto de la enfermedad actual del accionante, mencionó que: "tiene 5 beneficiarios a su cuidado, todos con alto riesgo". Por otro lado, en la parte del análisis y plan se anotó: "su pediatría (sic) tratante le dejo orden de enfermería y no la autorizaron, que tenía que ser orden de neuropediatría". "paciente con altas demandas en cuidado, madre sustituta a cargo de 5 pacientes crónicos complejos, dificultades para el manejo del menor, está solicitando acompañamiento de enfermera para el cuidado, pediatría está de acuerdo con esto, pero su Entidad Promotora De Salud no ha autorizado (sic)" .

5. Decisión judicial objeto de revisión.

5.1. En fallo de tutela del 18 de agosto de 2023, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca negó la acción de tutela instaurada por Constanza, contra Nueva EPS, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de vida en condiciones dignas, salud y desarrollo integral del menor Félix. En tal sentido, el juez determinó que la demandada no vulneró los derechos fundamentales de Félix al no asignar un cuidador o enfermero permanente mientras está al cuidado de la madre sustituta Amanda. Para llegar a esa conclusión negativa, valoró los medios de prueba del expediente que acreditaron que la accionada realizó todas las labores tendientes a gestionar las citas médicas, atenciones,

encontrando que en la actualidad no existe orden médica que otorgue al menor de edad un cuidador domiciliario tal como lo pretende la actora.

5.2. La providencia, a partir de lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, hizo un análisis de procedencia de la acción de tutela y sus elementos, encontrando que todos se cumplían; asimismo, enunció la finalidad de esta herramienta constitucional de proteger derechos fundamentales mencionando, de manera general, el derecho a la salud, el cual se encuentra plasmado en varios textos, como el artículo 49 superior, la sentencia T-760 de 2008 y la Ley 1751 de 2015; y de forma específica, el derecho a la salud de los menores, con sustento en el artículo 44 superior. De igual manera, el juez se refirió al servicio del cuidador, por lo que aludió a la sentencia T-015 de 2021, que sostuvo que el servicio de cuidador es una medida de carácter excepcional, que la EPS está obligado a prestar sólo si se cumplen dos condiciones. Por último, señaló que el tratamiento integral debe entenderse como: “la integralidad en el servicio implica que los agentes del sistema practiquen y entreguen en su debida oportunidad los procedimientos e insumos prescritos”.

6. Actuaciones en sede de revisión

6.1. Mediante auto del 13 de febrero de 2024, la magistrada sustanciadora, ante el exiguo material probatorio, y con el ánimo de obtener mayores elementos de juicio que le permitan proferir una decisión de fondo, en especial, el estado actual de salud del infante y la suerte del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a su favor, llevado a cabo por la institución, requirió a la Nueva EPS, entidad aseguradora a la que se encuentra afiliado el menor de edad, para conocer la evolución médica del menor; y, por otro lado, a la institución, para que informara los avances de dicho trámite administrativo y de los cuidados brindados a cargo de la madre sustituta.

6.2. El 21 de febrero de 2024, la Secretaría General de esta Corporación informó a este Despacho que el referido auto del 13 de febrero de 2024 fue notificado a las partes en debida forma mediante oficio OPTC-076/24 y estado No. 022 de fecha 14 de febrero del 2024, y que durante el término allí indicado no se recibió comunicación alguna, tal como se había dispuesto, por parte de la magistrada en la providencia en mención.

6.3. No obstante, el 12 de marzo de 2024, la Secretaría General de esta Corporación informó que, recibió extemporáneamente, un “correo electrónico del 11 de marzo de 2024, enviado

por representante de la institución por medio del cual remite comunicación con seis (6) archivos en PDF". En ese sentido, la respuesta con fecha del 6 de marzo de 2024 se enmarcó en dos ejes; el primero referido al estado actual del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos que cursa a favor de Félix; y el otro, sobre el estado de salud del menor y del rol de la madre sustituta asignada para velar por su cuidado .

6.4. Pues bien, en cuanto a lo solicitado por la Corte respecto de las resultas del aludido proceso, que inició el 21 de marzo de 2023 por reporte presentado por la profesional de trabajo social de la Fundación Cardiovascular, quien indicó: "que la progenitora del menor no puede asumir el cuidado del niño dadas las condiciones sociales que presenta y la enfermedad particular", se refirió que, a lo largo del proceso nunca obtuvo respuesta de la comunidad indígena O'pa, a la que pertenece la mamá biológica del menor; y que solamente hasta el 11 de enero de 2024, una persona identificada como delegada de los padres del menor, pidió información acerca del estado de salud de aquel. Respecto de lo anterior, le informó que no tenía previsto que el menor retorne a su lugar de origen, toda vez que por el diagnóstico requiere de un tratamiento por diferentes especialidades, tratamiento complejo, con el que cuenta con atención 24/7, cubierto plenamente por la institución. Finalizó diciendo que, mediante Resolución 056 del 18 de septiembre de 2023 se definió la situación jurídica del menor con la ubicación definitiva en hogar sustituto, que por información allegada por el operador Servired a la institución, está a cargo de la madre sustituta Betty, que desde el 14 de noviembre de 2023 es la encargada de los trámites médicos y del cuidado integral de Félix.

6.5. En lo relativo al estado de salud de Félix, señaló que: "presenta mejorías y retrocesos, ello se debe a su condición clínica, ha ingresado en varias oportunidades a hospitalización y egresa nuevamente", que al 23 de febrero de 2024, el menor se encuentra internado en el Hospital Internacional de Colombia, por un síndrome respiratorio agudo, situación frecuente por su diagnóstico y condiciones generales sin saber de su posible salida. Por tanto, el informe de seguimiento elaborado por la profesional de la salud a petición de Constanza concluyó que mientras el menor siga recibiendo los cuidados y atención requerida de manera intramural, sin saber fecha probable de egreso, la institución continuará haciendo el seguimiento correspondiente. Por otro lado, con ocasión de un seguimiento del 1° de febrero de 2024, en entrevista con la actual madre sustituta se concluyó que: "a la fecha actual, el NNA se encuentra en Hogar sustituto, con condiciones generales estable, recibiendo las

atenciones y los cuidados requeridos”.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

1.1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

2.1. La Constitución Política en su artículo 86, introdujo por primera vez la acción de tutela a nuestro ordenamiento jurídico, y el Decreto Ley 2591 de 1991 fue la norma encargada de su reglamentación. Pues bien, para que proceda este mecanismo de amparo de carácter judicial, el juez de tutela tiene la obligación de verificar el cumplimiento de cuatro requisitos, que son: la legitimación por activa, la legitimación por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad; y que, si los encuentra todos reunidos procederá a resolver de fondo, amparando o no los derechos fundamentales invocados por el accionante; de lo contrario, de no acreditarse el cumplimiento de alguno de los requisitos, el juez tendrá que declarar improcedente el amparo solicitado. Por tanto, la Sala evaluara el cumplimiento de los cuatro requisitos mencionados.

Legitimación por activa

2.2. El mencionado artículo 86 superior permite que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”; y el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, indica que la tutela “podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”. Puede ocurrir varias situaciones respecto del individuo que coloca la acción judicial: i) cuando quien ejerce la petición de amparo es el titular de los derechos fundamentales; ii) cuando es ejercida por intermedio de representante legal, en el caso de las personas jurídicas; iii) cuando se hace por medio de apoderado judicial; (iv)

agente oficioso, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa; o (v) por conducto de los personeros municipales". En el caso de la agencia oficiosa, el artículo 44 superior establece que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y la sanción de los infractores respecto de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

2.3. Conforme a lo enunciado en precedencia, la Sala evidenció que Constanza, también por mandato del artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), actúa como agente oficiosa, en defensa de los derechos fundamentales de un menor de edad (parte de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos), presuntamente vulnerados por Nueva EPS, al no autorizar el servicio de cuidador; y por tanto, está facultada para invocar la protección de aquellos en su nombre. De esta manera se encuentra satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

2.4. En atención al artículo 86 de la Constitución y al artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, que señalan que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión que cometan las autoridades públicas, consideradas como vulneración o amenaza a algún derecho fundamental; ésta última norma contempla que este mecanismo excepcional de amparo procede contra particulares, en el caso enunciado en el artículo 42-2 del Decreto 2591 de 1991; es decir, cuando la prestación del servicio público de salud está a cargo de un particular. En este sentido, la Sala considera que se cumple con la legitimación por pasiva, ya que la entidad contra la que se ejercitó la acción de tutela, Nueva EPS, es la responsable de la prestación de los servicios de salud con criterios de calidad y oportunidad, al menor Félix, quien es uno de sus afiliados, en el régimen subsidiado.

2.5. Asimismo, hay que tener en cuenta que el juez de tutela vinculó a la Secretaría de Salud Departamental de Santander y a la ADRES. Sin embargo, las entidades en mención, conforme a las funciones que les impone la ley, si bien, son actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para el caso que nos ocupa, no están legitimadas en la causa por pasiva, por cuanto no les resulta atribuible la presunta vulneración alegada por la agente oficiosa respecto del menor Félix, al contar con una afiliación vigente con una EPS. Adicionalmente, en el escrito de tutela, no se endilga acción u omisión imputable a dichas

entidades, de las cuales se derive amenaza o vulneración a los derechos fundamentales.

Inmediatez

2.6. El requisito en comento se origina por la jurisprudencia de esta Corporación, y fue cimentándose con el correr del tiempo. Por tanto, la Corte ha indicado que la acción de tutela debe ser interpuesta en un 'término razonable', así, el juez constitucional tiene la obligación de valorar las particularidades del caso concreto y determinar si procede la tutela; en caso de no existir este requisito, se desnaturaliza el propósito con el que dotó el constituyente al mecanismo de amparo y se desconocería el principio de seguridad jurídica. También el alto Tribunal ha dicho que, si la amenaza se mantiene en el tiempo, "el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó". En el caso que nos ocupa se encuentra cumplida la exigencia; por cuanto la negativa a autorizar el servicio de cuidador fue exteriorizado por la EPS accionada el día 29 de julio de 2023, fecha de la respuesta a la petición elevada por Constanza, y el escrito de tutela se interpuso el 08 de agosto de 2023; siendo un término más que razonable.

Subsidiariedad

2.7. Cuando la pretensión versa o trata de solicitar el servicio de cuidador o de auxiliar de enfermería, esta Sala de Revisión en las recientes sentencias T-264, T-268 y T-399, todas del 2023, trataron a profundidad el requisito de subsidiariedad, en asuntos muy similares. Cabe resaltar que se alude al carácter residual y subsidiario plasmado en el artículo 86 superior; el cual significa que la procedencia del amparo se condiciona a que: i) el afectado no disponga de un mecanismo de defensa judicial, o ii) que, habiéndolo, éste no resulta idóneo [ni eficaz] para la protección de los derechos fundamentales; y, iii) que el amparo constitucional sea una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable. Así pues, el juez debe valorar, en igual medida, la posible afectación de los derechos fundamentales a un sujeto de especial protección constitucional, como en el caso de los menores de edad.

2.8. En suma, frente al anterior punto, la sentencia T-147 de 2023 recordó que no es obligatorio acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para cumplir con el requisito de subsidiariedad, porque como lo estableció la sentencia SU-508 de 2020, esa entidad "experimenta unas situaciones normativas y estructurales que ponen en duda su eficacia y

ha concluido que mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud", situación que continua; ya que no hay evidencia de que en la actualidad esa entidad haya superado dichas deficiencias expuestas. De esta manera, la Sala estima satisfecho el presente requisito para el caso del menor Félix, sujeto de especial protección constitucional, al pertenecer a una comunidad indígena, quien no tiene otro mecanismo de defensa judicial para el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, por su cuadro médico complejo, porque pertenece al régimen subsidiado de salud y al contexto en que se dio toda la situación que originó la interposición de la tutela. Por tanto, se encuentran verificados el lleno de todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

3. Asunto objeto de análisis, problema jurídico y metodología

3.1. En esta ocasión le corresponde a la Sala Octava de Revisión revisar la acción de tutela del menor Félix, que pertenece al régimen subsidiado en salud, en situación de abandono a cargo de una institución, con un cuadro clínico que consiste en enfermedad de la orina en jarabe de arce – sepsis debida a otros organismos gramnegativos- síndrome inflamatorio multisistémico asociado con covid-19, no especificado, otras epilepsias en tratamientos paliativos, y que por su corta edad requiere de cuidados especializados; por lo que Constanza solicita el servicio de cuidador y/o enfermero.

3.2. A partir de los hechos narrados, es la negativa de la EPS accionada en autorizar el servicio de cuidador y/o enfermero, lo que incitó a la agente oficiosa a acudir a la acción buscando la protección de los derechos a la salud y vida del menor agenciado; por tanto, solicitó por esta vía que la Nueva EPS brinde el servicio de cuidador o de enfermería y tratamiento integral. Luego, en sentencia de única instancia, el juez de tutela negó el amparo deprecado, porque consideró que la EPS gestionó adecuadamente todas las órdenes y que no se evidenciaba una solicitud expresa de un médico solicitando la atención de un cuidador permanente.

3.3. Conforme a los hechos expuestos, el problema jurídico que debe resolver la Sala es el siguiente: ¿si la Nueva EPS vulneró el derecho a salud y vida en condiciones dignas del menor Félix, al negarle el servicio de cuidador y/o de enfermería, y tratamiento integral

solicitado por Constanza, a cargo del proceso administrativo de restablecimientos de derechos?

3.4. Con el propósito de responder a este interrogante, la Sala: (i) se referirá al derecho a la salud de los menores de edad; (ii) los requisitos para la prestación del servicio de enfermería y de cuidador. Reiteración jurisprudencial; (iii) la figura del tratamiento integral y otros derechos y, finalmente; (iv) decidirá el caso concreto.

4. El derecho a la salud de los menores de edad. Reiteración de jurisprudencia

Evolución normativa y jurisprudencial

4.1. El artículo 49 de la Constitución Política se concibió como un derecho social, por eso su ubicación en el texto superior; es así que, la atención en salud se entiende como un servicio público que el Estado tiene el deber de garantizar, por lo que le atañe "organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud" de toda persona, sin importar su edad; dispone el artículo en mención que, esta obligación se cumplirá "conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad". Del mismo modo, debe entenderse lo reseñado por el artículo 48 superior que preceptúa que "la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado", actividad que, como ya se mencionó, debe atender el Estado siguiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

4.2. En torno al derecho a la salud contenido en los artículos 48 y 49 superior ha habido un desarrollo normativo y jurisprudencial de más de 30 años. Una primera etapa, donde la salud se consideró un derecho de carácter prestacional y se protegió por conexidad a un derecho fundamental, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física o el derecho a la igualdad; situación que no ocurría con los menores de edad pues se invocaba de manera directa la protección del artículo 44 superior, que trata de la prevalencia de los derechos de los niños. La Corte, por su importancia, también ha mirado el derecho a la salud con una doble connotación, de ser derecho/servicio público.

4.3. Hay una segunda etapa de evolución que llevó a la Corte a considerar el derecho a la salud como fundamental y autónomo, etapa que tuvo su máxima expresión en la sentencia hito T-760 de 2008, que abandonó por completo la tesis de la conexidad, dado que ya no

hacía falta señalar un derecho fundamental vulnerado. Y, una última etapa donde el ordenamiento jurídico se puso a la par con aquellos postulados y avances jurisprudenciales, ejemplo de ello es la Ley 1751 de 2015 (conocida como Ley Estatutaria en Salud -LES-), que elevó la salud a rango estatutario, señalando que es un derecho fundamental irrenunciable.

De la especial protección a los menores de edad

4.4. Como se enunció en el parágrafo 4.2., desde el primer día de vigencia del artículo 44 de nuestra Constitución se dio carácter fundamental al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, sin necesidad de acudir a la tesis de la conexidad, por cuanto la finalidad es el interés superior del menor de edad. La jurisprudencia constitucional sostiene que esta prerrogativa es reforzada por los instrumentos internacionales como el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principio 2° de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que defienden el derecho a la salud y obligan a los Estados parte con su garantía y protección.

4.5. A su vez, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) otorgó la máxima protección a los menores de edad, pues indica que “tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”. Asimismo, el literal f) del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015 reitera la prevalencia de derechos de los menores de edad, y el artículo 11 de la misma ley establece que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

Principios y elementos del derecho a la salud

4.6. Para una adecuada atención de salud se deben cumplir con otras condiciones mencionados en los artículos 6° y 8° de la Ley Estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015. De modo ilustrativo se citan algunos principios como el de accesibilidad, en el que se entiende que los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de

igualdad; comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; continuidad, que es el derecho a recibir los servicios de salud de manera continua y, una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, esta no podrá ser interrumpida por razones administrativas o económicas; integralidad, que es el derecho de los usuarios del sistema a recibir la atención y el tratamiento completo de sus enfermedades, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante; oportunidad, es cuando la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; y, universalidad, que se refiere a que todos los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida, para que el usuario del sistema de salud obtenga un servicio de calidad.

4.7. Del principio de integralidad, que involucra al Estado y a las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, trata de si al brindar un tratamiento, éste no logra mejorar las condiciones de salud y calidad de vida del paciente, se deben proveer los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad, garantizando al menor beneficiario una calidad de vida digna. Del carácter universal del derecho a la salud, la sentencia SU-508 de 2020 hizo una aclaración, en el sentido de indicar que el establecer acciones afirmativas a favor de ciertos grupos o segmentos de la población (niños, niñas y adolescentes), como sujetos de especial protección constitucional, no desobedece ese postulado.

4.8. Los principios de continuidad, oportunidad e integralidad han sido protegidos por este Tribunal; así, la sentencia T-413 de 2020, recordando los primeros años de jurisprudencia de la Corte, sostuvo que se protegía el derecho a la salud cuando se ignoraban estos postulados u otros porque a la postre otros principios se verían afectados. En suma, el principio de integralidad destaca “en tanto que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos. Como se verá con posterioridad, ello está en íntima consonancia con la integralidad en la prestación de los servicios médicos”.

4.9. Respecto de los tres principios, la integralidad es el que ha tenido mayor desarrollo, pues tiene una mención exclusiva en el artículo 8° de la Ley 1751. Es importante resaltar que, sin importar el origen o etapa de la enfermedad, los servicios de salud deben brindarse de manera completa de principio a fin; además, señala que la responsabilidad en la atención de salud o prestación de un servicio en particular no podrá fragmentarse en perjuicio del bienestar del usuario. No en vano la Corte considera que la integralidad es “la columna

vertebral del sistema de salud”, así lo indicó la sentencia T-253 de 2022 al sostener que: “el principio de integralidad abarca una serie de elementos que son imprescindibles para la materialización del derecho fundamental a la salud. Según lo dispone la ley, el servicio de salud debe prestarse plenamente sin que haya que acudir al ejercicio de acciones judiciales”.

4.10. En conclusión, existe todo un conjunto de principios, normas, entidades, las cuales tienen por objetivo el de brindar una atención en salud con criterios de calidad y oportunidad a la población y que, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, dicha prerrogativa cobra relevancia, porque acertadamente la jurisprudencia exige que todos los actores que participan, deben: “i) orientarse no solo al mantenimiento del mayor nivel de salud posible, como para la generalidad de la población, sino que deben perseguir un desarrollo infantil efectivo, como condición para el ejercicio de sus demás garantías constitucionales y ii) atender en cualquier caso el interés superior, como presupuestos para la consolidación de la dignidad humana del niño”.

5. Requisitos para la prestación del servicio de enfermería y de cuidador. Reiteración jurisprudencial

Desarrollo jurisprudencial y normativo

5.1. En primer lugar, en materia de acceso a los servicios de salud de las personas del territorio nacional, hoy en día, no existe distinción alguna en cuanto a su capacidad económica, aunque coexistan los regímenes contributivo y subsidiado; esto se debió, entre otras razones, a la unificación del Plan Obligatorio de Salud (POS), que se dio en cumplimiento de la sentencia hito T-760 de 2008, que por la reforma ocurrida con la Ley 1751 de 2015, pasó a llamarse Plan de Beneficios en Salud (PBS), el cual aplica a los usuarios de ambos regímenes. Otro de los aspectos a destacar en la presente sección, también introducido por la LeS es el de la adopción de un sistema de salud de inclusiones implícitas y exclusiones explícitas; es decir, que todos los servicios en salud están cubiertos por el sistema, menos los que estén expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos.

5.2. Ahora bien, la mayoría de la jurisprudencia constitucional estudia la figura del servicio de enfermería y el servicio de cuidador de manera conjunta, ya que puede haber una confusión entre estos dos conceptos, a pesar de que son dos instituciones bien diferentes la una de la

otra. La primera hace parte del ámbito de la salud, y la segunda responde al principio de solidaridad, propio del Estado Social de Derecho. La una, refiere la Corte Constitucional, se trata de la atención de una persona que asiste en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal con conocimientos especializados en salud; la otra, según la sentencia T-154 de 2014, se caracteriza porque: (i) pueden ser sujetos no profesionales de la salud, (ii) en esencia, son familiares, amigos o personas próximas las que cuidan, (iii) brindan con gran interés el apoyo físico necesario para cumplir con las actividades básicas e instrumentales diarias de la persona dependiente y, (iv) brindan un apoyo emocional al sujeto por el que velan. Como se dijo, acorde con el artículo 46 superior, la actividad de cuidador responde al principio de solidaridad, exigible del Estado, la sociedad y la familia; por tanto, no lo asume el sistema de salud. A continuación, se verán algunas particularidades de cada una.

Del servicio de enfermería

5.3. El numeral 7° del artículo 8 de la Resolución 2366 de 2023 “Por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de pago por Capitación (UPC)”, que regula el Plan de Beneficios en salud, define la atención domiciliaria como el conjunto de procesos, procedimientos y actividades, mediante las cuales, se materializan la provisión de prestación de servicios a una persona en su domicilio o residencia correspondiendo a una modalidad de prestación de servicios de salud extramural. Pues bien, la sentencia SU-508 de 2020 señaló que el servicio de enfermería puede prestarse en la modalidad de atención domiciliaria y que ésta aplica en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

5.4. Así pues, ante una prescripción médica en la que se solicite el servicio de enfermería, el juez debe ordenar directamente a la EPS su prestación, especialmente porque está incluido y financiado por el PBS. En tanto, cuando no haya una prescripción u orden médica, el juez de tutela puede amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, que consiste en el acceso a una valoración técnica, científica y oportuna que aclare la situación de salud del paciente y los tratamientos que va a requerir. Por tanto, dice la Corte que el derecho al diagnóstico se compone de unas etapas, donde el profesional de la salud realiza: i) «identificación», establece la patología que padece el paciente y comprende la práctica de

los exámenes ordenados por el médico a partir de los síntomas de éste; ii) «valoración», determina el tratamiento médico adecuado para el paciente, a partir de un análisis oportuno e integral de los resultados de los exámenes realizados por los especialistas; iii) «prescripción», que es la emisión de las órdenes médicas pertinentes y adecuadas para que el inicio oportuno del tratamiento.

Del servicio de cuidador

5.5. Respecto de los 'cuidadores', la sentencia T-260 de 2020 recordó tres aspectos: i) son personas cuya función es la de ayudar en el cuidado del paciente con la atención de las necesidades básicas, ii) es aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o es consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria y, iii) por el primer nivel de solidaridad, los primeros llamados a prestar este servicio son los miembros del núcleo familiar del enfermo; y a falta del primero, los segundos llamados a prestar este servicio son la EPS, con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos.

5.6. Ahora bien, la sentencia T-017 de 2021 trae unos requisitos para que sea la EPS, en ese segundo nivel de solidaridad, la responsable de cubrir el servicio de cuidador, a falta de la familia. Estos requisitos son: "(i) que exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) que la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo". También hay otro requisito que tiene que ver con un componente económico. Se dijo que: "la imposibilidad material se presenta cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; también porque (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio".

5.7. En suma, para brindar los cuidados a un paciente en su domicilio es necesario verificar, "si el paciente requiere el servicio de cuidador y no puede ser garantizado por su núcleo

familiar por imposibilidad material. En ese evento, “es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido”. Con las sentencias T-015 y T-017 de 2021, la Corte comprendió que el servicio de cuidador estaba a cargo de la EPS, pero teniendo claro que no se trata de una prestación del ámbito de la salud, porque no se puede afectar el equilibrio del sistema.

5.8. Visto lo anterior, no debe ofrecer ninguna duda, que el servicio de enfermería se diferencia en absoluto y no debe, bajo ninguna circunstancia, confundirse con el servicio de cuidador.

6. 6. Tratamiento integral. Reiteración jurisprudencial

6.1. El tratamiento integral es una orden que profiere el juez de tutela y cuyo cumplimiento a cargo de la EPS, involucra una atención “ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad del usuario”. De manera que, la prestación del servicio de salud debe incluir todos los elementos que prescriba el médico tratante. La jurisprudencia establece unos criterios que, el juez de tutela debe verificar para que ordene el tratamiento integral, así: a) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes. b) Si existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere. Y c), el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud. En este punto, no es dable al funcionario judicial pronunciarse de aspectos futuros o inciertos, puesto que el tratamiento es lo suficientemente claro.

6.2. Por otro lado, el juez tiene plena facultad para pronunciarse sobre la posible negligencia de la EPS en la prestación del servicio, sin que signifique presumir la mala fe; en efecto, la Corte señaló los eventos en que puede ocurrir: “por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

Del derecho a la vida digna

6.3. Como quiera que, en el escrito de tutela también se alegó la posible vulneración al derecho a la vida digna, es necesario ocuparnos de ello, puesto que es una garantía que en la mayoría de los casos guarda estrecha relación con el derecho fundamental a la salud. Bajo este contexto, la sentencia T-041 de 2019 sostiene que la dignidad humana es un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, principio constitucional y derecho fundamental autónomo. El fallo en cita consideró que "la salud, la integridad física, psíquica y espiritual, así como el acceso a las condiciones materiales mínimas de existencia, entre otros, constituyen los presupuestos irreductibles para una vida digna"; y frente a la conexión entre este derecho y el derecho a la salud, la sentencia T-033 de 2013 explicó que, las prestaciones propias de esta prerrogativa, permiten que el individuo desarrolle "plenamente las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano, lo que consecuentemente eleva el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida". En suma, la sentencia T-017 de 2021, en lo atinente a este punto, concluyó: "que la debida protección y garantía del derecho fundamental a la salud redunda en la protección de la dignidad de la persona y la vida en condiciones dignas, así como el recto funcionamiento y aplicación del servicio de seguridad social en salud".

Por tanto, de conformidad con las consideraciones esbozadas, la Sala procede a estudiar si en el caso objeto de análisis existe una vulneración al derecho a la salud y a la vida digna del accionante y si, por lo mismo, procede el amparo del derecho.

7. Análisis del caso concreto

7.1. En esta ocasión le correspondió a la Sala Octava de Revisión conocer de la tutela presentada por Constanza, quien a nombre de Félix, que tiene una medida de protección, presentó el mecanismo de amparo para que la Nueva EPS, entidad accionada, proporcionara un cuidador o enfermero permanente al menor, mientras esté al cuidado de la madre sustituta Amanda o de quien haga sus veces, más la solicitud de tratamiento integral. Por lo anterior, aportó resumen de historia clínica del 20 de julio de 2023, que destaca que el menor tiene: "enfermedad de la orina en jarabe de arce – sepsis debida a otros organismos gramnegativos- síndrome inflamatorio multisistémico asociado con covid-19, no especificado, otras epilepsias"; y "…manejo por especialista de enfermedades metabólicas con terapia nutricional especial, en espera de reportes de estudios genéticos y plan de atención domiciliario que garantice los cuidados de este paciente que se encuentra en cuidado

paliativo”.

7.2. En sede de instancia, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca negó la acción de tutela. En sentir del juez a quo, la demandada no vulneró los derechos fundamentales del menor Félix al no asignarle un cuidador o enfermero permanente mientras está al cuidado de la madre sustituta Amanda. Para sustentar lo dicho, analizó los medios de prueba del expediente que a su juicio acreditaron que la accionada realizó las labores correspondientes a gestionar las citas médicas, atenciones, encontrando que a ese momento no existía orden médica que otorgara al menor de edad un cuidador domiciliario, tal como lo pretendía la actora.

7.3. Ante el panorama expuesto, la magistrada sustanciadora, mediante auto ordenó el decreto y práctica de pruebas con el fin de obtener, principalmente, información actualizada acerca del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y del estado de salud del menor Félix, quien para la fecha de los hechos que motivaron la colocación de la tutela contaba con apenas seis meses de edad y tenía como plan de manejo atención domiciliaria. Dicha información no se allegó por ninguna de las personas requeridas dentro del término otorgado; sin embargo, días después, la agente oficiosa brindó respuesta con datos recientes en ambos aspectos.

7.4. Respecto del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que cursa, se hizo saber que hubo decisión definitiva de la situación jurídica a favor del menor, con la expedición de la Resolución 056 del 18 de septiembre de 2023, que confirmó la medida de ubicación en hogar sustituto, dado que no se cuenta ni con certeza ni con ubicación de familia que pueda asumir el cuidado del menor. Así mismo, se informó que Félix se encuentra es al cuidado de la madre sustituta, Betty (con conocimientos en enfermería), quien es la persona que, desde el 14 de noviembre de 2023, está a cargo del trámite médico del niño y de todo su cuidado integral.

7.5. Por otro lado, en materia de salud, de las pruebas allegadas en sede de revisión, se supo que el menor cuenta con un año de edad, que continúa afiliado a la Nueva EPS en el régimen subsidiado, que al 23 de febrero de 2024, en comunicación con Betty, refirió que Félix se encuentra hospitalizado recibiendo atención intramural en el Hospital Internacional de Colombia, por un síndrome respiratorio agudo, situación que es recurrente por su cuadro y

condiciones, sin fecha probable de egreso y que a su propio criterio requeriría de cuidados por enfermería especializada por 12 horas (ver supra I. 6.5.).

7.6. Del mismo modo, en epicrisis del 05 de marzo de 2024 del Hospital Internacional de Colombia, la neuropediatra refirió que el 18 de octubre de 2023 hubo una junta de bioética en la que concluyó: “paciente clasificado según ASSOCIATION FOR CHILDREN’S PALLIATIVE CARE (ACT) dentro del grupo 3, con una enfermedad metabólica crónica incurable y múltiples comorbilidades derivadas de la misma que le configuran un carácter paliativo y que pueden mantenerse controladas en la medida que se logre asegurar todo su plan de tratamiento y la disponibilidad de la nutrición especial. Continuará su plan instaurado y en caso de descompensaciones que ameriten manejo en Unidad de Cuidado Intensivo será trasladado evitando la realización de procedimientos que resulten fútiles para el paciente”. Más adelante indica: “paciente con altas demandas en cuidado, madre sustituta a cargo de 5 pacientes crónicos complejos, dificultades para el manejo del menor, esta solicitando acompañamiento de enfermera para el cuidado, pediatría está de acuerdo con esto pero su Entidad Promotora de Salud no ha autorizado, por lo que se solicita valoración por junta interdisciplinaria con valoración previa de trabajo social”. (negrillas fuera de texto).

7.7. De lo anterior, esta Sala evidencia un agravamiento notorio en el estado de salud de Félix, haciéndolo más complejo al que incitó la interposición de tutela, el cual ha tenido un manejo especializado; y por las pruebas allegadas en sede de revisión, presenta una evolución de constantes altibajos. Asimismo, ya se estableció por el médico tratante dentro del plan de manejo, la necesidad de convocar una junta médica interdisciplinaria, para determinar con exactitud la mejor alternativa para Félix.

Visto lo anterior, respecto del servicio de enfermería, que según concepto médico necesitaría el menor, al mantenerse la negativa de la EPS a autorizarlo, la Sala considera que en este caso no existe duda sobre la necesidad del servicio de enfermería para el menor de edad. En efecto: (i) existe una orden médica suscrita por su pediatra tratante que advierte la necesidad de manejo y cuidado por un profesional especializado, (ii) los padecimientos del menor de edad son crónicos e incurables, tanto así que ya se le están brindando cuidados paliativos, y (iii) la madre sustituta tiene a su cargo otros niños, lo cual le impide dedicarse exclusivamente al menor de edad. En tal virtud, se ordenará que, se autorice el servicio de enfermería de forma inmediata, por la Nueva EPS.

7.8. En relación al rol de la madre sustituta que como se mencionó en el párrafo anterior, vela por el cuidado de cinco menores crónicos complejos (ver supra I.4.4.), situación que puede incidir en dificultades para brindar los cuidados requeridos por Félix en casa en el evento de que sea remitido a su hogar sustituto. Al respecto, se recuerda que uno de los argumentos que utilizó la institución, para definir de manera definitiva la situación jurídica del menor mediante Resolución 056 del 18 de septiembre de 2023, es el que necesita de un tratamiento por diferentes especialidades, tratamiento complejo con atención 24/7, los cuales deben ser cubiertos plenamente, y que estará al cuidado de la madre sustituta Betty, persona encargada de los trámites médicos y del cuidado integral del menor. Así las cosas, genera preocupación a esta Sala que posiblemente la señora Betty pueda estar sobrecargada al tener al cuidado a varios menores con diferentes circunstancias particulares, por lo que se ordenará examinar esta situación, y si es del caso tomar las medidas orientadas a disminuirle el número de niños a cargo.

7.9. En relación con el tratamiento integral solicitado esta Sala no encuentran cumplidos los presupuestos que se exigen por la jurisprudencia; en la reciente sentencia T-399 de 2023 se recordaron para el caso de un menor de edad que lo solicitó. Por lo que se recuerda que: (i) debe existir un indicio claro de la negligencia de la EPS en el cumplimiento de sus deberes para proveer los servicios requeridos por el afiliado o usuario del sistema de salud, y (ii) debe haber prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o tecnologías en salud que requiere; tal como se indicó, en este caso no se cumplen. Lo que no obsta para destacar que las circunstancias en las cuales actualmente se encuentra el niño no le permiten disfrutar “del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”, tal y como ha sido establecido en el artículo 12 del PIDESC, la Observación General No. 14 de CDESC y en las sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y SU-508 de 2020, entre otras.

7.10. Finalmente, no se puede olvidar la reticencia de la Nueva EPS en brindar respuesta oportuna al auto del 13 de febrero de 2024, que solicitó allegar un informe de valoración el cual estaba programado para el 28 de agosto de 2023 por el médico del plan de atención domiciliario y copia de la historia clínica del menor, los cuales nunca llegaron, pese a haber sido notificada correctamente; por tanto la Sala, le hace un fuerte llamado de atención e instará a que se adopten o refuercen las medidas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de las órdenes de tutela en que se solicite información de sus afiliados.

Adicionalmente se ordenará a que se garantice que la junta médica interdisciplinaria, prescrita por la médico tratante, sea efectivamente realizada, si aún no lo ha hecho en los siete días siguientes a la notificación del presente fallo, sin que ello signifique una barrera de acceso al servicio de salud.

Síntesis de la decisión

7.11. La Corte Constitucional conoció la acción de tutela promovida por un menor de edad (sujeto de especial protección), a través de agente oficiosa, que tiene múltiples comorbilidades y un complejo cuadro clínico que en palabras de la neuropediatra: “es una enfermedad metabólica crónica incurable y múltiples comorbilidades derivadas de la misma que le configuran un carácter paliativo”. Inicialmente la agente oficiosa solicitó el servicio de cuidador y tratamiento integral para Félix, pero hasta el momento su salud es muy cambiante por sus múltiples enfermedades, haciendo que pase largos periodos hospitalizado al cuidado de diferentes especialidades, todo con la finalidad de dar calidad de vida o cuidados paliativos, esenciales para brindar unas condiciones dignas para poder sobrellevar los síntomas.

7.12. Luego de efectuar el examen de procedencia de la acción de tutela, la Sala resolvió como problema jurídico, si la Nueva EPS vulneró el derecho a salud y vida en condiciones dignas del menor Félix, al negarle el servicio de cuidador y/o de enfermería, y tratamiento integral solicitado por Constanza, a cargo del proceso administrativo de restablecimientos de derechos; para lo cual desarrolló tres acápites: i) el derecho a la salud de los menores de edad; (ii) los requisitos para la prestación del servicio de enfermería y de cuidador; (iii) la figura del tratamiento integral y otros derechos y, finalmente; (iv) decidió el caso concreto.

7.13. En razón a todas consideraciones y análisis del caso concreto, la Sala encontró necesario, atendiendo las circunstancias especiales de Félix y de sus condiciones complejas de salud, revocar la decisión del juez de única instancia en la que negó el amparo a los derechos fundamentales, para en su lugar, amparar los derechos a la salud y vida digna de Félix. En consecuencia, i) ordenó a la Nueva EPS, que en las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, si aún no lo hubiera hecho, autorice el servicio de enfermería al menor accionante, caso en el cual estará obligado a brindarlo sin interponer barrera alguna. ii) Instar a la institución, a que examine la posible situación de sobrecarga de la señora Betty, madre

sustituta a cargo del menor Félix, y si es del caso tomar las medidas correspondientes.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 18 de agosto de 2023, proferida en única instancia por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, Santander, que negó la acción de tutela instaurada por Constanza, quien actuó como agente oficiosa de Félix, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de vida en condiciones dignas, salud y desarrollo integral. En su lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la salud y a la vida digna, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de