TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-203/24

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Alcance

ATENCION DOMICILIARIA-Diferencia entre cuidador y auxiliar de enfermería

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

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

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

DERECHO A LA SALUD-Comprende el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Reglas para acceder a servicios o tecnologías en salud como pañales, pañitos húmedos, cremas anti-escaras, silla de ruedas, entre otros

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Quinta de Revisión

SENTENCIA T-203 de 2024

Expediente: T-9.867.432

Acción de tutela instaurada por Carmen en calidad de agente oficiosa de Clemencia contra Emssanar EPS y las vinculadas Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura, Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, Ministerio de Salud y Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), Grupo Primar IPS S.A.S., Farmart LTDA IPS y el señor Fabio Hurtado Rodríguez.

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Paola Andrea Meneses Mosquera, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de septiembre de 2023 por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Constitucionales de Buenaventura y el fallo de tutela de segunda instancia dictado el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura, respecto de la acción de tutela de la referencia.

Anotación previa. Teniendo en cuenta que dentro de la sentencia se expondrán elementos que gozan de reserva, como por ejemplo algunos datos contenidos en la historia clínica de la agenciada, en la versión pública de la decisión de la Sala Quinta se suprimirá el nombre de la persona demandante, de conformidad con la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia la Corte Constitucional. En ese sentido, se presentan dos versiones del documento, la primera con los nombres reales y la segunda con nombres ficticios, para su publicación.

Síntesis de la decisión

Clemencia (en adelante la agenciada) es una mujer de 37 años de edad que padece de

parálisis cerebral, retraso psicomotriz profundo y discapacidad funcional. Su hermana, actuando como agente oficiosa, interpuso una acción de tutela en contra de la EPS Emssanar solicitando: (i) el suministro de los siguientes insumos médicos: pañales, crema anti escaras y leche, (ii) la autorización y prestación de los siguientes servicios: enfermería y transporte intraurbano y (iii) el tratamiento integral.

Luego de constatar que la tutela era procedente, la Sala determinó que en este caso correspondía establecer si, al no suministrar dichos insumos, no autorizar tales servicios y no dar un tratamiento integral a la agenciada, la EPS accionada había vulnerado o no sus derechos fundamentales a la salud, la vida y a la dignidad humana.

Después de dar cuenta de la jurisprudencia de esta Corporación respecto a insumos, servicios y tratamiento integral, la Sala abordó el ámbito subjetivo de la controversia, para establecer que, en razón de sus condiciones de salud y de pobreza, la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional. Del mismo modo, estableció que la única persona que cuida de ella es su madre, una mujer de la tercera edad, que también está en condiciones de pobreza y que tiene complicaciones de salud.

Seguidamente, se profundizó en los requisitos normativos y jurisprudenciales atinentes a las pretensiones de la tutela, y se concluyó: (i) que, al existir previa orden médica prescribiendo pañales en favor de la agenciada, la accionada vulneró su derecho fundamental a la salud al no suministrárselos de forma adecuada y oportuna; se ordenó la entrega perentoria del insumo en caso de no haberse realizado, (ii) que, pese a la no existencia de prescripción médica, se ordenó la entrega de crema anti escaras y la prestación del servicio de transporte intraurbano, y —con fundamento en la faceta de diagnóstico del derecho a la salud— se sometió dicha orden a posterior ratificación médica, (iii) también con fundamento en la garantía del diagnóstico, se ordenó la valoración de la paciente en aras de definir (a) si requiere servicio de enfermería o el de cuidador y (b) qué otro tipo de insumos o servicios necesita para el cuidado de su salud. Por último, en cuanto a la pretensión asociada al tratamiento integral, al no encontrarse satisfechos todos los requisitos exigibles y, en particular, no haberse constatado una negligencia grave atribuible a la accionada, se decidió negar el amparo.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos probados

1. 1. La señora Clemencia, al momento de interponer la presente acción de tutela, tenía 37 años de edad y manifestó estar domiciliada en el corregimiento rural de Córdoba del Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura, en el Departamento del Valle del Cauca. Por otro lado, se expresó que su núcleo familiar se compone por la agenciada y su madre, la señora Lucrecia (mujer adulta de la tercera edad y con aparente estado de salud deteriorado).

2. De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se verifica que la agenciada es una mujer afrodescendiente, afiliada a la EPS Emssanar en el régimen subsidiado, en estado socioeconómico de pobreza y sin ingresos económicos. Convive con su madre, Lucrecia, mujer adulta de la tercera edad (64 años de edad), con complicaciones de salud propias a su edad, que también está en un estado socioeconómico de pobreza y sin ocupación laboral alguna. Además de su madre, su núcleo familiar se compone por su hermana (la agente oficiosa en el trámite de tutela) Carmen, mujer de 34 años de edad y categorizada en el SISBEN IV en el indicador B1 (pobreza moderada). De conformidad con la tutela y el diagnóstico médico aportado, la agenciada padece las patologías de parálisis cerebral, discapacidad funcional y retraso psicomotriz profundo. Estas patologías le impiden caminar y hacen que requiera de la asistencia permanente de un tercero para alimentarse, asearse, vestirse y, en general, realizar cualquier actividad que implique movimiento físico. Según la información que está en el plenario, quien se encarga de asistir a la agenciada en el ejercicio de sus funciones vitales es su madre.

3. En el escrito contentivo de la tutela se refiere que, seis meses antes de presentarse la acción constitucional, se había solicitado a la EPS Emssanar (a la cual se encuentra afiliada la agenciada en el régimen subsidiado) que reconociera y suministrara, en su favor y de un acompañante, un medio de transporte para ser trasladada a las citas y valoraciones médicas que requiriese, en aras de tratar sus enfermedades. También se había solicitado a dicha EPS el suministro de ciertos implementos y servicios: “pañales, leche, crema, home care y servicio permanente de enfermería”, que se estimaron como imprescindibles para el tratamiento de sus patologías. Ante el no reconocimiento y suministro de los servicios e insumos solicitados por parte de la EPS Emssanar, se optó por interponer la presente acción de tutela.

B. Trámite procesal

4. La demanda de tutela. Con fundamento en los anteriores hechos y, por considerar que no se brindó lo solicitado a la EPS, el 17 de agosto de 2023 la señora Carmen, en calidad de agente oficiosa de su hermana Clemencia, presentó demanda de tutela en contra de Emssanar EPS, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana y salud.

5. En la demanda, además de solicitar el amparo de los referidos derechos fundamentales, se requirió que se ordenase a la accionada la autorización y suministro de: (i) "el servicio de ambulancia para trasladarse al cumplimiento de las citas médicas que le ordena el médico, con su acompañante", (ii) "insumos médicos correspondientes en pañales, crema anti escaras, leche, home care", (iii) "una enfermera permanente." Además, se solicitó al juez constitucional "ordenar a la entidad accionada que (…) autorice y preste un servicio INTEGRAL (…) para poder recibir todo lo concerniente al servicio de salud (…) [y] brinden un servicio integral y oportuno para atender todas las necesidades en salud que me aquejen, así como todas aquellas patologías que me lleguen a sobrevenir, esto es garantizar la autorización completa de los tratamientos que se encuentren solicitados así como todos aquellos que se llegue a solicitar, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos, traslados, gastos de viaje para la señora y su acompañante y demás servicios que él [sic] requiera para el cuidado de la patología (…)."

6. La admisión de la demanda de tutela. Mediante Auto del 11 de septiembre de 2023, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Constitucionales de Buenaventura admitió la demanda de tutela y ordenó vincular al trámite a: (i) la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura, (ii) la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, (iii) el Ministerio de Salud y Protección Social, (iv) la Superintendencia Nacional de Salud, (v) la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), (vi) el Grupo Primar IPS S.A.S. y (vii) la IPS Farmart LTDA. Mediante Auto del 18 de septiembre de 2023, el juzgado resolvió: "VINCULAR al presente tramite, al Doctor FABIO HURTADO RODRÍGUEZ [galeno que realizó historia clínica de la agenciada el día 18 de octubre de 2022 en la IPS Primar] a efectos para que informe y/o justifique porque realizó la historia clínica de la señora CLEMENCIA identificada con cédula de ciudadanía No. 1.111.771.527 de Buenaventura, sin estar ella presente para ser valorada el día 18 de

octubre de 2022.”

7. La respuesta de Emssanar EPS. Confirmó que la agenciada se encuentra afiliada a esta EPS en el régimen subsidiado. En cuanto a la pretensión relacionada con el transporte para atender las citas médicas, consideró que ella era improcedente, porque “la solicitud del TRANSPORTE considerado un servicio complementario (Res. 2438 del 2018), debe ser realizada por el profesional de salud tratante a través del aplicativo MIPRES establecido por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (…) la solicitud del TRANSPORTE debe ser evaluada por la JUNTA DE PROFESIONALES de la IPS que realiza la PRESCRIPCIÓN previo al direccionamiento de la EPS. No se evidencia solicitudes Mipres de transporte ni hay ordenes médicas.” [Se resalta por fuera del texto original].

8. En cuanto a la pretensión relativa al suministro de crema hidratante, puso de presente que este insumo se encuentra dentro de los “excluidos [sic] del PBSUPC Res. 2273 del 2021 del MSPS.” En cuanto a la pretensión que tiene que ver con el servicio de enfermería, destacó que las condiciones de salud de la agenciada no son de tal entidad como para sostener que se requiere el precitado servicio y, además, resaltó que no existe orden médica que ordene la prestación del servicio (no se ha realizado valoración de conformidad con el “índice Barthel”). Por el contrario, estimó que la agenciada requiere un servicio de “cuidador” que, según la accionada, ha de ser prestado por su núcleo familiar.

9. En cuanto a la pretensión asociada al suministro de pañales y “home care”, indica que no obra en el expediente orden médica decretando dicho insumo y que, en todo caso, no se encuentran cubiertos por el “PBSUPC Res. 2808 del 2022.” Y, en cuanto a la pretensión de que se ordene un tratamiento integral, manifestó que en el escrito de tutela “no [se] delimita servicios y no [se] específica a que insumos o procedimientos de las TECNOLOGIAS DE LA SALUD se refiere.”

10. Por último, la accionada pone de presente que no tiene competencia para asignar citas médicas, realizar procedimientos médicos o entregar medicamentos. En tal sentido, se estimó que dichas actuaciones corresponden a la IPS encargada de tratar las patologías de la agenciada.

11. La respuesta de FARMAT LTDA. Aclara que es “proveedor del servicio farmacéutico de

EMSSANAR" y que, por ello, no tiene acceso a toda la información médica de los usuarios. Solicita ser desvinculada del proceso, porque no tiene legitimidad por pasiva, pues las pretensiones no están dirigidas en su contra y a ella no se puede imputar ninguna conducta que vulnere los derechos de la agenciada. Manifiesta que se encuentra "al día en las dispensaciones que se le deben realizar a la usuaria (…) FARMART LTDA, no le debe medicamento o insumo alguno a la agenciada."

12. La respuesta de Grupo Primar IPS S.A.S. Pone de presente que ha prestado atención oportuna y adecuada a la agenciada, como puede verificarse en su historia clínica. Aclara que la atención que presta es de "primer nivel" y que, por tanto, "la atención de médicos especialistas, servicios y tratamiento en general es responsabilidad de otro nivel de atención más completo." Por ello considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la agenciada y que a ella no se le puede imputar ninguna conducta en este sentido, por lo cual solicita ser desvinculada del proceso.

13. La respuesta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES. Destaca que "es función de la EPS, y no de la ADRES, la prestación de los servicios de salud (…) las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados." Aclara que "a partir de la promulgación del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, reglamentado a través de la Resolución 205 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados (…) que no se encuentren financiados por la UPC (…) la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios y de forma periódica, de la misma forma cómo funciona el giro de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)." Precisa que ya giró en favor de las EPS (incluida la EPS Emssanar) un presupuesto máximo con la finalidad de que la EPS suministre los servicios "no incluidos" en los recursos de la UPC. Por lo anterior, estima que el ADRES no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la agenciada y su desvinculación del proceso.

14. La respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud. Solicita ser desvinculada del proceso, por no tener legitimidad por pasiva. A su juicio, el caso se circunscribe a un

aparente indebido proceder atribuible a la EPS accionada y, en tal sentido, en el marco de sus competencias no ha realizado actuación u omisión alguna que implique menoscabo a los derechos fundamentales de la agenciada.

15. La respuesta del médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez. El juzgado ordenó vincular al trámite al médico Fabio Hurtado Rodríguez, quien realizó anotación en la historia clínica de la agenciada el día 18 de octubre de 2022 en la IPS Primar, para que informe por qué realizó dicha anotación sin que la agenciada se encontrase presente al momento de tal valoración. En su respuesta, el médico reconoce que el 18 de octubre de 2022 la madre de la agenciada acude a su consultorio médico y manifiesta que su hija se encontraba en delicado estado de salud, motivo por el cual no podía ser transportada al consultorio. Explicó que, ante esa situación, "abrí Historia Clínica y tomando como base el Mipres que portaba la madre de la paciente (…) actualizo el Mipres a la fecha de la consulta." Aclara que, luego de valorar la crítica situación de salud de la paciente y, en particular, su incontinencia urinaria, optó por recetar en su favor el insumo de pañales.

16. Las entidades vinculadas que no respondieron. La Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y el Ministerio de Salud y Protección Social, no emitieron pronunciamiento alguno en el marco de la acción de tutela.

17. La sentencia de primera instancia. Por medio de la sentencia del 20 de septiembre de 2023, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Constitucionales de Buenaventura resolvió tutelar el derecho fundamental a la salud de la agenciada. En línea con lo anterior, ordenó a la EPS Emssanar realizar "las diligencias pertinentes para AUTORIZAR Y HACER ENTREGA EFECTIVA en favor de la [agenciada] del insumo PAÑALES EN CANTIDAD 270 POR LA DURACIÓN DEL TRATAMIENTO DE 90 DÍAS, el que cuenta con Nro. de Prescripción 20221018195034346362 el que fue ordenado por el Dr. Fabio De Jesús Hurtado, adscrito a la IPS Primar." Asimismo, resolvió ordenar a la accionada "tomar las medidas necesarias, eficientes y efectivas que conlleven la prestación del servicio de salud de MANERA INTEGRAL, que llegaré a requerir la señora CLEMENCIA (…) para el manejo adecuado de las patologías como PARÁLISIS CEREBRAL, DISCAPACIDAD FUNCIONAL Y RETRASO PSICOMOTRIZ PROFUNDO; suministrando medicación, intervenciones quirúrgicas,

practica de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico, seguimiento y transportes por fuera de la ciudad de Buenaventura, y en general todo componente que el galeno tratante considere necesario."

18. Para arribar a tal decisión, el a quo, en primer lugar, realizó un estudio general del alcance y características del derecho fundamental a la salud, enfatizando en la importancia de garantizar una íntegra y continua prestación del servicio de salud. En segundo lugar, descendió lo anterior al análisis del caso concreto y concluyó: "resulta evidente que la omisión de la EPS accionada, en autorizar a la afiliada todos los servicios médicos que requiere de manera eficiente y eficaz, afecta y viola flagrantemente su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas y a la salud, sin que esos postulados constitucionales puedan dejarse de lado pretextando trámites administrativos." Así mismo, dispuso "la ineficacia en la autorización de la prestación del servicio de salud, que requiere la afiliada, desconoce los principios de integralidad y continuidad que rigen dicho servicio (…) pues en todo caso, la EPS tiene conocimiento del diagnóstico y los padecimientos de su afiliada." De esta forma, al considerar la situación particular de la agenciada (en cuanto al tipo de patologías que padece), determinó que "se observa imperioso disponer el cubrimiento de tratamiento integral."

19. La impugnación. El fallo de primera instancia fue impugnado por la EPS Emssanar. En primer lugar, se pone de presente que la orden relativa a los pañales, por parte del médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez, se hizo a partir de una valoración no presencial de la paciente, lo cual, en su criterio, implica que no exista certeza frente a la necesidad de tal insumo. En segundo lugar, manifiesta que la precitada orden médica data de octubre de 2022 y, considerando que la tutela se presentó en agosto de 2023, estima que en este caso no se satisface el requisito de procedencia de la inmediatez. En cuanto al tratamiento integral, la accionada expresó que no existe certeza en cuanto a los tratamientos, medicamentos o procedimientos que llegue a necesitar la agenciada en el futuro. Tal indefinición, a su juicio, impide conceder el tratamiento integral en favor de la agenciada.

20. La sentencia de segunda instancia. El 26 de octubre de 2023, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura profirió la sentencia de segunda instancia. El ad quem reconoció la situación de vulnerabilidad de la agenciada y su condición como sujeto de especial protección constitucional. No obstante, verificó que frente a los eventuales

“procedimientos, tratamientos y/o medicamentos” que ella requiera, en virtud de su diagnóstico, “no se observa prescripción [médica].”

21. Por lo anterior, pese a confirmar el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en cuanto al amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, varió las demás ordenes proferidas por el a quo y, en su lugar, se ordenó a la EPS accionada que: (i) “PROCEDA agendar cita médica para VALORACIÓN MULTIDISCIPLINARIA bien sea en la misma EPS o en una IPS con la cual tenga convenio de la [agenciada], con el fin de que se determine el estado de salud de la paciente, así como el procedimiento, tratamiento, insumos y/o medicamentos que requiera para el manejo de la patología parálisis cerebral y discapacidad funcional y retraso psicomotriz profundo que la aqueja, los cuales deberán ser suministrados en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a las órdenes médicas que se expidan”; (ii) “(…) de requerirse el traslado de [la agenciada] a una ciudad diferente a Buenaventura, para el tratamiento de la patología parálisis cerebral y discapacidad funcional y retraso psicomotriz profundo, la EPS EMSSANAR deberá cubrir los gastos de desplazamiento tanto para ella como para un acompañante”; y (iii) “REVOCAR la orden de la prestación del servicio de salud de MANERA INTEGRAL.”

22. La selección del caso por la Corte y su reparto. Remitido el expediente de la referencia a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, la Sala de Selección Número Uno, mediante Auto del 30 de enero de 2024, notificado el 13 de febrero de la misma anualidad, decidió seleccionarlo. Su estudio correspondió a la Sala Quinta de Revisión, presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar.

23. Actuaciones en sede de revisión. Una vez examinados los documentos que reposaban en el expediente, el suscrito magistrado consideró necesario decretar la práctica de pruebas, con el propósito de: (i) analizar a profundidad la controversia constitucional suscitada, (ii) verificar el estado de salud de la agenciada y (iii) constatar el estado de cumplimiento de las órdenes proferidas por los jueces de instancia.

24. Por ello, mediante Auto de Pruebas del 11 de marzo de 2024, se solicitó a la parte accionante y a la accionada Emssanar EPS que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de dicha providencia, remitiesen a la Secretaría General de la Corte Constitucional la información requerida en el Auto. Según informe de la secretaría de esta

Corporación, por medio del Oficio OPTB-092/2024, se puso en conocimiento de las partes la referida providencia, la cual se remitió a la dirección de notificaciones que ellas indicaron en el proceso. Por medio de informe secretarial del 12 de abril de 2024, se puso de presente que durante el término probatorio fijado en el citado Auto del 11 de marzo de 2024 no se recibió informe o comunicación alguna proveniente de las partes.

25. En vista de esta circunstancia, en ejercicio de sus competencias, el magistrado sustanciador insistió en la práctica de las pruebas decretadas, por medio de los siguientes Autos de reiteración: (i) Auto del 22 de marzo de 2024 y (ii) Auto del 19 de abril de 2024. No obstante, de conformidad con los respectivos informes emitidos por la secretaría de la Corte Constitucional, nuevamente no se obtuvo respuesta ni de la agente oficiosa ni de la EPS accionada. De esta manera, pese al esfuerzo probatorio realizado por esta Sala y considerando la reiterada desatención atribuible a las partes oficiadas, en aras de garantizar el principio de celeridad y acceso efectivo a la administración de justicia, se estima procedente fallar de conformidad con las pruebas y elementos que, a la fecha, obran

en el expediente.

26. A este respecto, conviene agregar que, de conformidad con el principio de pro actione, el cual suele aplicarse por la Corte Constitucional en el marco del control de constitucionalidad, pero que también ha sido invocado en la revisión de las acciones de tutela, “el juez constitucional ha de interpretar las normas como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver de fondo los asuntos sometidos a su consideración.” [Se resalta por fuera del texto original]. Por lo anterior, considerando que la finalidad primordial de toda acción de tutela consiste en el amparo de un derecho fundamental que se estima vulnerado, esta Sala opta por fallar con la información que actualmente reposa en el expediente. Naturalmente, es deber del juez constitucional, siempre que se satisfagan los requisitos de procedencia, desatar de fondo las controversias implícitas en la acción de tutela. Por ello, la continua e injustificada aversión probatoria no es óbice para paralizar el trámite de la tutela y el ejercicio de la función jurisdiccional en cabeza de esta Corte.

27. Sin perjuicio de lo anterior, ante la injustificada renuencia de la EPS accionada para dar respuesta al informe solicitado por esta Corte, se ordenará compulsar copias a la

Superintendencia Nacional de Salud. Lo anterior, para que dicha entidad adelante las diligencias correspondientes, relacionadas con la conducta de la EPS al no acatar un requerimiento de esta Corte asociado directamente con la atención en salud requerida por una paciente afiliada a dicha entidad. Se recuerda que, de conformidad con el artículo 19 del del Decreto 2591 de 1991, el juez constitucional puede solicitar informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere presentado la tutela y se proscribe la omisión injustificada a atender dichos informes.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

28. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en el expediente de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno, mediante Auto del 30 de enero de 2023.

B. Análisis sobre la procedencia de la acción de tutela

29. En primer lugar, la Sala debe determinar si la acción de tutela objeto de revisión cumple con los requisitos de procedibilidad previstos en el Decreto 2591 de 1991. De ser así, se procederá a plantear el caso, definir el problema jurídico y exponer el esquema para resolverlo.

30. La legitimidad en la causa por activa. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela constituye un instrumento de defensa judicial, preferente y sumario, al cual tiene la posibilidad de acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la ley. En concordancia, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que están legitimados para ejercer la acción de tutela: (i) la persona vulnerada o amenazada en sus derechos, por sí misma; (ii) a través de un representante (como ocurre en el caso de los menores o de quien designa un apoderado judicial); (iii) mediante agencia oficiosa (cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia

defensa); y (iv) por conducto tanto del defensor del pueblo como de los personeros municipales (cuando el titular del derecho se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión).

31. En el expediente objeto de revisión, la legitimidad en la causa por activa se encuentra acreditada, en la medida en que la agente oficiosa (esto es, la señora Carmen) manifestó que se encontraba actuando en tal calidad y, además, hizo referencia expresa a la imposibilidad de la agenciada para presentar la tutela por su propia cuenta, debido a sus delicadas condiciones de salud. La Sala destaca que de dichas condiciones se da cabal noticia en la historia clínica de la agenciada y que, además, las pretensiones de la demanda de tutela guardan relación con las mismas.

32. La legitimidad en la causa por pasiva. En contraste, la legitimación por pasiva se refiere a "(…) la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues [es quien] está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso." De ahí que, en varias oportunidades, la legitimación por pasiva se ha definido como "la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental."

33. Luego de analizar el expediente, la Sala encuentra que sólo la EPS Emssanar tiene legitimidad por pasiva, pues a ella es a la que se le imputa la conducta vulneradora de los derechos fundamentales de la agenciada. En consecuencia, las demás entidades vinculadas a este proceso no tienen legitimidad por pasiva y, en consecuencia, deben desvincularse del mismo, por cuanto ni las pretensiones de la demanda de tutela ni la eventual decisión que se tome les atañen.

34. La Sala no puede pasar por alto que en este proceso el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura anuló lo actuado en primera instancia, por no haberse vinculado al proceso a la IPS Farmart LTDA y el médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez. Ante esta circunstancia, es pertinente señalar a esta autoridad judicial que en futuras oportunidades se debe analizar más detenidamente el caso, en particular lo relativo a lo que sería la conducta a la que se atribuye la vulneración de los derechos fundamentales y, a partir de las correspondientes competencias, a qué entidad sería la llamada a atender la orden judicial que se llegare a

impartir. En el caso sub examine no se cuestiona en modo alguno la conducta de dicha IPS ni la del referido médico y lo pretendido por la tutela no hace parte de sus competencias.

35. La inmediatez. La naturaleza de recurso preferente y sumario que caracteriza a la acción de tutela exige que, quien demanda la protección de sus derechos por esta vía excepcional, acuda a ella dentro de un término razonable. Si bien esta Corte ha precisado que la acción de tutela no puede estar sometida a un término de caducidad, esto no implica que pueda ser promovida en cualquier tiempo. De esta manera, corresponderá al juez de tutela, en cada caso, analizar la razonabilidad del lapso transcurrido entre el hecho generador de la vulneración alegada y la presentación de la acción de tutela para determinar si se cumple con este requisito.

36. En estos términos en la Sentencia SU-391 de 2016 se precisó que "[n]o existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable." En esta línea, se precisó que en las decisiones de esta Corte se han identificado criterios que orientan al juez de tutela a evaluar, en cada caso, si se ha cumplido con el requisito de la inmediatez. Tales criterios se relacionan con: (i) la situación personal del actor, (ii) el momento en el que se produce la vulneración, (iii) la naturaleza de la vulneración, (iv) la actuación contra la cual se dirige la tutela, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros.

37. En lo que concierne al caso concreto y en lo atinente al criterio de "estudio de la situación personal del accionante", para efectos de definir si se satisface el requisito de inmediatez, esta Corte ha indicado que corresponde al juez de tutela ahondar en "la situación personal del peticionario, pues en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve (…) la jurisprudencia ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en ´estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física.´" En esta línea, se ha precisado que el hecho de ser el actor un sujeto de especial protección constitucional implica un estudio más flexible, que atienda a sus circunstancias particulares, en lo relacionado con el requisito de inmediatez. En el presente asunto, se tiene que la agenciada es una mujer en notorio estado de indefensión e incapacidad física, pues su condición de

parálisis cerebral le impide realizar sus funciones vitales sin la ayuda de un tercero y, ciertamente, es una persona de especial protección constitucional. Por ende, al momento de definir si en este caso se satisfizo el requisito de inmediatez, debe tomarse en consideración las limitaciones en cabeza de la agenciada como consecuencia de su delicada condición médica.

38. Por otra parte, el criterio asociado al "momento en el que se produce la vulneración" implica considerar la existencia de vulneraciones permanentes de los derechos fundamentales. En este orden, "para analizar la inmediatez 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 presente caso, la Sala encuentra que habría una posible vulneración continuada del derecho fundamental a la salud, consistente en el no suministro de los insumos y servicios médicos referidos en la acción de tutela. Ciertamente, si el hecho vulnerador es la no autorización y prestación de los deprecados insumos y servicios, dicha circunstancia se prolonga en el tiempo.

39. En el caso de marras, se verifica que el 18 de octubre de 2022 la agenciada obtuvo orden médica relacionada con la entrega de pañales y la acción de tutela se interpuso el 17 de agosto de 2023; esto es, en un lapso de diez (10) meses con posterioridad al momento en que se accedió a la precitada orden médica. Ciertamente, considerando la compleja situación de salud de la agenciada y su permanente estado de incapacidad motora y psicológica (lo que, además, refuerza su condición como sujeto de especial protección constitucional), el término de diez (10) meses no aparece como desproporcionado o irracional para la interposición del amparo. En todo caso, es menester recalcar que, en principio, la tutela hace referencia a una aparente vulneración de carácter permanente del derecho fundamental a la salud, relacionada con la no autorización y suministro de ciertos insumos y servicios médicos o complementarios. De esta forma, la Sala constata que la acción de tutela fue ejercida de manera oportuna. Además, el evidente estado de discapacidad física de la agenciada da cuenta de su condición como sujeto de especial protección constitucional, lo que exige flexibilizar el análisis en punto de la inmediatez.

40. La subsidiariedad. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial,

salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable." En tal sentido, en primer lugar, el juez de tutela debe verificar la existencia de otros mecanismos de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, para establecer si quien pretende el amparo cuenta con la posibilidad de procurar la garantía de sus derechos al interior del procedimiento ordinario. De comprobar la existencia de otro u otros medios de defensa judicial, le corresponderá evaluar si estos resultan idóneos y eficaces para garantizar de forma oportuna e integral la adecuada protección de los derechos fundamentales invocados, de cara a las circunstancias particulares en que se encuentre el demandante. En caso de que el medio de defensa ordinario carezca de idoneidad y eficacia para salvaguardar los derechos invocados, la acción de tutela procederá de forma definitiva. La acción de tutela también será procedente siempre que se acredite su interposición como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

42. En cuanto a la protección del derecho fundamental a la salud, existe la posibilidad de acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial que instituyó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019). De conformidad con el literal a) de la referida norma, se atribuyó competencia jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer de las controversias relacionadas con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. A su turno, el literal e) del mencionado artículo 41 también establece que la facultad jurisdiccional de la precitada Superintendencia se extiende a los conflictos entre los usuarios y las entidades administradoras de planes de beneficios y/o entidades que se le asimilen, "por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud."

43. Igualmente, dicha disposición establece que la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Adicionalmente, se dispone que "en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad, razón por la que la demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial u otro medio de comunicación escrito. Tampoco

será necesario actuar por medio de apoderado, sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación.”

44. Por otra parte, la norma señala un término de veinte días, contados desde la radicación de la demanda, para que la Superintendencia emita la sentencia a que hubiere lugar, sin perjuicio de que, antes de esta, adopte en ejercicio de la función jurisdiccional, medidas cautelares tales como la de ordenar las medidas provisionales para la protección del usuario del sistema. Adicionalmente, el parágrafo 1 del citado artículo 41 establece que la sentencia podrá ser apelada dentro de los tres días siguientes a su notificación y que en caso de ser concedido el recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante. Al respecto, se precisa “que dicha disposición [el parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019] no establece un término para la decisión del recurso de apelación, el cual, por otra parte, se tramita en el efecto suspensivo.”

45. En cuanto a la aptitud del citado mecanismo jurisdiccional, en relación con casos asociados a aparentes vulneraciones frente al derecho fundamental a la salud, es relevante considerar lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-159 de 2024, en la que se precisó:

“(…) Así las cosas, los usuarios disponen de un mecanismo de defensa judicial para tramitar sus conflictos con las entidades administradoras de planes de beneficios y/o entidades que se les asimilen por la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios. Por esta razón, en principio, la acción de tutela no resulta procedente, salvo que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable o que el mecanismo judicial a cargo de la Superintendencia no resulte eficaz atendiendo a las circunstancias en que se encuentren los accionantes [se resalta por fuera del texto original].

En todo caso, el juez de tutela debe valorar la circunstancia de que, si bien el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud debe resolverse en un término de veinte días, la posibilidad de apelar la decisión ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante, le puede hacer perder toda la eficacia a este medio de defensa porque dicho trámite no sólo no tiene establecido un término para resolver el recurso sino que debe tramitarse en el efecto suspensivo (…).”

46. Además, de conformidad con la sentencia SU-508 de 2020, el referido mecanismo jurisdiccional puede resultar inidóneo e ineficaz, en atención a las deficiencias estructurales de la mencionada Superintendencia y la particular situación de debilidad manifiesta del actor. A este respecto, la ya citada Sentencia T-159 de 2024 puso de presente que:

"En primer lugar, respecto de las situaciones normativas, la Sala Plena mencionó, en esa ocasión, que se debe tener en cuenta que el término que tiene la Superintendencia de Salud para resolver las demandas es de veinte días (en principio), mientras que la acción de tutela es de diez días, de acuerdo con el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991. Aunque en el trámite adelantado por la Superintendencia se cumpliera el plazo de 20 días, lo cual no siempre ocurre como se desarrollará más adelante, lo cierto es que diez días pueden resultar determinantes en casos particulares en los que lo que se pretende es la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

Como se mencionó anteriormente, la Sala Plena señaló que "el legislador omitió reglamentar lo relativo a la interposición de recursos (o acceso a la segunda instancia)", pues a pesar de que el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estableció que las decisiones adoptadas por la Superintendencia podrán ser apeladas y que, estos recursos, serán tramitados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, lo cierto es que la disposición normativa no consagró cuál es el término en el que se deberá resolver la apelación. Por esta razón, la Corte Constitucional concluyó que existía "una indefinición en el tiempo que demora una decisión y, por tanto, consecuencias negativas en la defensa de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud."

47. Aún más, en la citada Sentencia SU-508 de 2020 también se dejó en claro que el mecanismo de defensa judicial ante la superintendencia procede únicamente ante la negativa de la EPS, mas no en aquellos casos en los que existe una omisión o un silencio. Ahora, sobre la situación estructural asociada al precitado mecanismo jurisdiccional, en la Sentencia SU-508 de 2020 se puso de presente que la Superintendencia había reconocido expresamente que "a) para la entidad es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez días que otorga como término la ley; b) existe un retraso entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico –por ejemplo, reclamaciones por licencias de

paternidad–; c) la Superintendencia de salud no cuenta en sus regionales con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá –en especial, carece de personal especializado suficiente en las superintendencias regionales y existe una fuerte dependencia de la sede en el Distrito Capital.”

48. Pese a que la cita anterior corresponde a una afirmación realizada en el año 2018, en la Sentencia T-159 de 2024 se realizó una verificación de la situación actual y se constató: “(…) actualmente, de acuerdo con la página de la Superintendencia de Salud, los procesos que deben ser resueltos por ella tienen una demora estimada de más de un año. Según la información reportada por la entidad en su informe de cumplimiento del Plan Anual de Gestión (PAG) de 2022 (…) Por lo tanto, los riesgos a la salud o a la vida deben valorarse en relación con el tiempo que dura un proceso en la Superintendencia de Salud y reconociendo que, en principio, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, dicho trámite debería ser resuelto en los veinte días siguientes a la radicación de la demanda.”

49. En todo caso, además de las razones asociadas a la congestión y la consecuente mora en la decisión de los asuntos sometidos al conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte ha identificado algunos supuestos en los que la tutela resulta ser el mecanismo adecuado para la protección inmediata de los derechos de los usuarios del sistema de salud. A este respecto, es ilustrativa la Sentencia SU-124 de 2018 en la que precisó que la tutela será procedente cuando:

“a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.

b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.

c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.

d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.”

50. En el caso sub examine la agenciada se encuentra en un estado de debilidad manifiesta debido a sus condiciones de salud, cuyas graves patologías y las limitaciones vitales que ellas implican la hacen ser un sujeto de especial protección constitucional. En efecto, la agenciada vive en un paraje remoto, ubicado en un corregimiento del Distrito de Buenaventura, y no está en condiciones de promover por sí misma la acción de tutela y, aún menos, de acudir al mecanismo jurisdiccional previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud. Como se expresó en los antecedentes, Clemencia habita en zona rural del Distrito de Buenaventura, no puede realizar movimiento alguno por su propia cuenta, su estado socioeconómico es de pobreza y se encuentra al cuidado de su madre, quien es una mujer adulta de la tercera edad, con complicaciones de salud y en situación socioeconómica de pobreza. Las anteriores condiciones subjetivas de la agenciada y de su núcleo familiar dan cuenta de la no idoneidad del recurso jurisdiccional legalmente previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud.

51. Además, la Sala encuentra que no hay evidencia de que en la actualidad la Superintendencia Nacional de Salud haya superado las deficiencias estructurales expuestas en la sentencia SU-508 de 2020 y constatadas en la Sentencia T-159 de 2024. Ciertamente, existe indefinición en cuanto al término para que se resuelva un eventual recurso de apelación frente a la decisión de la Superintendencia y, además, el precitado recurso no se está surtiendo en el plazo de veinte días señalado en la Ley.

52. Conclusión del análisis de procedibilidad. Una vez verificado el cumplimiento de todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el presente caso, le corresponde a la Sala definir el problema jurídico, establecer la metodología que servirá para abordarlo y resolverlo.

C. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

53. De conformidad con todo lo expuesto, a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, le corresponde establecer si, al no otorgar a la agenciada el servicio de transporte para atender sus citas médicas, junto con un acompañante, y los servicios de enfermería, suministro de los insumos solicitados y el tratamiento integral requerido, la EPS Emssanar vulneró o no los derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana de aquella.

54. Para resolver este problema, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corte en materia del derecho fundamental a la salud y, en particular, analizará lo relativo a (i) el derecho a la salud frente a sujetos de especial protección constitucional, (ii) el servicio de cuidador o enfermería a cargo de las EPS, (iii) los insumos en salud a cargo de las EPS, (iv) el servicio de transporte, (v) la orden de garantizar el tratamiento integral y su alcance y (vi) el derecho al diagnóstico en cuanto al suministro de insumos, tecnologías o servicios en salud. Con fundamento en estos elementos de juicio, se abordará la situación concreta.

D. El derecho a la salud frente a sujetos de especial protección constitucional

55. Esta Corte ha precisado que, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional y de personas en estado de vulnerabilidad, "debe darse una protección prevalente", en cuanto a sus prerrogativas en materia de salud. Por ejemplo, en el caso de los adultos mayores, es cierto que los "servicios de salud requeridos por las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, permanente, oportuna y eficiente, en atención, entre otras cosas, al deber de protección y asistencia consagrado en el artículo 46 de la Constitución." En el mismo sentido, para el caso de los niños, la jurisprudencia ha sido enfática en destacar que "hay grupos que gozan de una protección reforzada de su derecho a la salud. Uno de ellos, es el constituido por los niños, niñas y adolescentes, debido a que se encuentran en condición de vulnerabilidad, susceptibilidad e indefensión."

56. Las personas en situación de discapacidad y aquellas que se encuentran en condiciones precarias de salud, también integran la categoría de los sujetos de especial protección constitucional. Como se menciona a continuación, el juez constitucional ha de considerar esa particular condición al momento de evaluar la procedencia de ciertas garantías asociadas con el derecho fundamental a la salud. Es decir, la situación subjetiva del actor, cuando este es un sujeto de especial protección constitucional, resulta fundamental al momento de comprender su aproximación al sistema de seguridad social en salud.

E. El servicio de cuidador o enfermería a cargo de las EPS. Reiteración de jurisprudencia

57. En el escrito contentivo de la tutela, la agenciada, por conducto de su agente oficiosa, solicitó al juez constitucional que se ordenase en su favor el servicio de enfermería o "home care". Los fallos objeto de revisión no profundizan en el análisis de esta pretensión. Por ello, la Sala considera necesario ahondar al respecto, en particular en lo que se refiere a la

competencia del juez de tutela para decretar el precitado servicio ante la existencia o no de una orden o prescripción médica que así lo formule.

58. De conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público a cargo del Estado. A este le corresponde garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” En este sentido, el texto constitucional señala, en el mismo artículo, que “toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”.

59. La solicitud de cuidador o enfermero extrahospitalario ha sido analizada en varias oportunidades por la jurisprudencia constitucional. En efecto, esta Corte ha diferenciado dos categorías relativas a la atención domiciliaria: los servicios de enfermería y el cuidador domiciliario. Respecto del primero, ha señalado que este “se propone asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente.” Respecto del segundo, ha precisado que los servicios del cuidador “se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.”

60. En relación con el servicio de enfermería, en la sentencia SU-508 de 2020 se puso de presente que (i) “se refiere a una persona que apoya en la realización de algunos procedimientos, que solo podría brindar personal conocimientos calificados en salud (…)”, (ii) “será prescrito por el médico, quien deberá determinar, en cada caso, si es necesario el apoyo de un profesional de la salud para la atención y los cuidados especiales que se deben proporcionar al paciente (…)”, (iii) “se encuentra en el plan de beneficios en salud (…)”, (iv) “procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida (…)”, y (v) “(…) Si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela; sin embargo, si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la necesidad de impartir una orden de protección.”.

61. Por su parte, sobre el servicio de cuidador, distintas salas de revisión de esta Corte coinciden en apuntar que, si bien no se trata de un servicio de salud en estricto sentido, es

un servicio complementario. En otras palabras, “(…) si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso está relacionado con promover el mejoramiento de la salud o prevenir la enfermedad.” En efecto, “(…) el apoyo y la asistencia en las actividades y necesidades básicas que presta un cuidador a la persona dependiente tiene un carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud. Por lo anterior, la Corte también ha señalado que el servicio de cuidador debe estar a cargo, en primer lugar, del núcleo familiar, y solo en casos excepcionales del Estado, cuando se cumplen los requisitos” [se resalta por fuera del texto original].

62. Concretamente, en la sentencia T-015 de 2021 se indicó que: “como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.” [Se resalta por fuera del texto original].

63. Cumplidos los precitados requisitos, las EPS deberán suministrar el apoyo, cuidado o acompañamiento requerido y, de no ser así, el juez de tutela está en capacidad de ordenarlo una vez verifique su acreditación: “[a]hora bien, puede ocurrir que dentro del trámite no sea posible determinar con alto grado de certeza, la efectiva necesidad médica del cuidado. En estos casos, la jurisprudencia ha optado por tutelar el derecho al diagnóstico.”

64. A partir de los anteriores elementos de juicio, se puede sistematizar las diferencias existente entre las antedichas categorías del siguiente modo:

Servicio de enfermería

Servicio de cuidador

El servicio de enfermería se ha entendido que solo puede ser brindado por una persona con

conocimientos especializados en salud. En la sentencia T-015 de 2021, se reiteró que este servicio:

(i) Constituye un apoyo en la realización de procedimientos calificados en salud (T-471 de 2018).

(ii) Es una modalidad de atención domiciliaria en las resoluciones que contemplan el PBS.

(iii) Está incluido en el PBS en el ámbito de salud, cuando sea ordenado por el médico tratante.

(iv) Procede en casos de pacientes con enfermedad en fase terminal, enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

(v) Si existe prescripción médica se debe ordenar directamente cuando fuere solicitado por vía de tutela. Si no se acredita la existencia de una orden médica, el juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico.

Los servicios de cuidador se dirigen a la atención de necesidades básicas y no exigen una capacitación especial. En la sentencia T-154 de 2014, se determinó que el servicio de cuidador:

(i) Es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud.

(ii) En primera medida, los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos.

(iii) Es brindado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente.

(iv) Representa un apoyo emocional para quien lo recibe.

(v) La EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando: (a) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio y (b) la ayuda como cuidador no pueda ser

asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible.

65. De esa forma, en línea con lo antes expuesto, dentro de la garantía del derecho fundamental a la salud de las personas se incluye la posibilidad de recibir los servicios de enfermería extrahospitalaria (como servicio principal incluido en el PBS) y el de cuidador (como complementario y cumplidos ciertos requisitos). Con todo, en caso de no lograrse conocer con certeza sobre la necesidad médica del cuidado, el juez tiene como remedio la tutela del derecho al diagnóstico.

F. Insumos en salud a cargo de las EPS. Reiteración de jurisprudencia

66. Como se mencionó, en la acción de tutela se pretende el suministro de una serie de insumos que se consideran esenciales para el tratamiento y el cuidado de las patologías que padece la agenciada.

67. Al interpretar lo previsto en el artículo 49 de la Constitución y en la Ley 1751 de 2015, esta Corte ha definido que, dentro de las garantías de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, están incluidas las tecnologías e insumos que no tienen un efecto sanador de enfermedades, pero que cobran importancia en una definición de “salud” que considera el goce de una vida digna. Lo anterior, entre otras razones, para que “los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que se les otorgue una protección completa en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida o adecuarla a los estándares regulares.”

68. En esta línea, por ejemplo, además de otorgar los medicamentos que requiere cada paciente, se ha planteado la posibilidad de que, dentro de las prestaciones propias del sistema de salud, se incluyan insumos y tecnologías tales como pañales, pañitos húmedos, transporte, entre otros. Ciertamente, el caso de los pañales desechables es un claro ejemplo en el que la Corte ha sido reiterativa en ese sentido, pues “son entendidos por la jurisprudencia constitucional como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades.”

69. En similar sentido, en cuando al insumo de “crema anti escaras” la Corte ha precisado que: “Las cremas anti-escaras se entienden como insumos que actúan como medidas preventivas de las úlceras por presión (…) si existe prescripción médica de cremas anti-escaras y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente Si la crema anti-escaras no se encuentra prescrita por el profesional de la salud, se podrá acudir a la acción de tutela. En ésta se deberá verificar, que la crema es necesaria para el tratamiento de la persona (…) -hecho notorio-. En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud.” En todo caso, se precisó: “[s]i no se cuenta con estas pruebas ni con la prescripción médica, se amparará el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, es decir, se podrá ordenar a la empresa promotora de salud que realice la valoración médica y determine la necesidad de prescribirla, siempre que se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.”

71. La Corte ha indicado que la regla de capacidad económica que se tenía en cuenta para los casos de servicios o tecnologías no incluidos en el antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), dejó de ser una exigencia con la entrada en vigor de la Ley Estatutaria de Salud. Ahora no solo no es exigible el requisito de incapacidad económica del paciente y su familia, sino que además “resulta contrario a dicha normativa”. Como tercer punto, se ha hecho referencia a la exigencia de orden médica para acceder a esas tecnologías e insumos y la jurisprudencia ha dicho que “procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico”, por lo que se debe ordenar la valoración que permita evaluar la necesidad del acceso.

72. Sin embargo, “puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos” [se resalta por fuera del texto original]. Uno de ellos es “la evidencia que tiene el juez a partir de la historia clínica u otras pruebas y, en todo caso, la decisión debe condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante”.

73. La Corte se refirió también al problema que se presenta cuando la tecnología no está cubierta por la Unidad de Pago por Capitación. Al respecto dijo que“ la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios,

será realizada por el profesional de la salud tratante, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS o EOC, a través de la herramienta tecnológica disponga el Ministerio de Salud, la que operará mediante la plataforma tecnológica SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica".

74. En conclusión, los insumos y tecnologías solicitados por los pacientes que tienen la orden del médico tratante deben entregarse, salvo que exista una justificación válida para su exclusión. Ahora bien, sobre la competencia concreta del juez de tutela, debe decirse que estará en condición de concederlo si cuenta con la certeza de la necesidad, de lo contrario, tiene a su alcance la herramienta complementaria, de tutelar el derecho al diagnóstico.

G. El servicio de transporte. Reiteración de jurisprudencia

75. En la jurisprudencia constitucional se ha reiterado que "el transporte es un medio para acceder al servicio de salud". Así, se ha reconocido que, a pesar de no ser una prestación médica en sí misma, "en ocasiones puede constituirse en una limitante para materializar su prestación, por lo que puede afectar la accesibilidad al SGSSS". Los artículos 107 y 108 de la Resolución 2808 de 2022 regulan los eventos en los que las EPS deben garantizar el servicio de transporte a sus afiliados. La Corte Constitucional ha diferenciado entre el transporte intermunicipal y el interurbano.

76. De esta forma, el transporte intermunicipal corresponde al "traslado entre municipios". Este servicio debe ser autorizado por la EPS cuando "el paciente se traslade de un municipio distinto al de su residencia para acceder a un servicio o tratamiento que también esté incluido en el PBS". La Corte ha dispuesto que (i) "no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte intermunicipal" al constituir un servicio incluido en el PBS y (ii) no es necesaria orden médica, por la "dinámica de funcionamiento del sistema". Esto último porque la "obligación de autorizar el servicio de transporte intermunicipal surge cuando la EPS determina el lugar en que se prestará el servicio de salud al paciente", de conformidad con su red de prestadores contratada, "esto es, cuando se autoriza el servicio de salud y se determina la IPS donde se prestarán dichos servicios". Por lo demás, la Corte ha reconocido que el juez de tutela tiene la facultad de pronunciarse respecto de la modalidad del transporte. En estos casos, debe "examinar las

condiciones reales del enfermo, en orden a determinar si las calidades del desplazamiento son una carga soportable en su estado o si por el contrario constituyen una exigencia intolerable y que puede comprometer su salud física o mental".

77. Por otra parte, el transporte interurbano corresponde al "traslado dentro del mismo municipio." Esta Corte ha señalado que este servicio "no está cubierto por el PBS con cargo a la UPC." Por esto, por regla general, debe ser asumido por el usuario o su red de apoyo. Sin embargo, también ha precisado que la EPS debe asumir y garantizar el servicio referido, siempre que se constate que "(i) el médico tratante determinó que el paciente necesita el servicio, (ii) el paciente y su red de apoyo no tienen los recursos necesarios para pagar el costo del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad o la salud del accionante." De acreditarse estas condiciones, el juez de tutela puede ordenar el amparo de esta prestación.

H. La orden de garantizar el tratamiento integral y su alcance

78. La jurisprudencia constitucional ha definido el tratamiento integral como "la atención ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad" a la cual tienen derecho los usuarios del sistema de salud. En ese sentido, "tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante."

79. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado unos criterios necesarios para la procedencia de la orden de suministrar el tratamiento integral, parámetros que el juez de tutela debe verificar así: (i) si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes "y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente", y (ii) si existen prescripciones u órdenes médicas, emitidas por el médico tratante, que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente como los servicios o tecnologías en salud que requiere. También se debe analizar si el actor es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas) o está en condiciones extremadamente precarias de salud. Así, se ha precisado que "la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas."

80. En este sentido y sin presumir la mala fe, el juez puede pronunciarse sobre la posible

negligencia de la EPS en la prestación del servicio. De a esta situación, la Corte señaló los eventos en que puede suceder: “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.”

81. En cuanto a las implicaciones asociadas a la orden judicial de tratamiento integral, es importante poner de presente que, en reiterada jurisprudencia, esta Corte ha precisado que le está vedado al funcionario judicial, so pretexto de ordenar el tratamiento integral, pronunciarse sobre aspectos “futuros o inciertos” en cuanto al tratamiento que requiere el actor. En este sentido, al momento de declararse el tratamiento integral, el juez ha de circunscribir su orden frente a aquellos aspectos determinados por el profesional médico en cuanto a los servicios, procedimientos, insumos, tecnologías, medicamentos, diagnósticos o valoraciones que requiere el paciente. En este sentido, otras Salas de Revisión de esta Corte se han pronunciado en los siguientes términos: “[c]abe precisar que esta orden [la de tratamiento integral] debe supeditarse respecto a un diagnóstico dado por el médico tratante del paciente, pues el juez constitucional no puede dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas.” [Se resalta por fuera del texto original].

I. El derecho al diagnóstico en cuanto al suministro de insumos, tecnologías o servicios en salud. Reiteración de jurisprudencia

82. Esta Corporación ha definido el derecho al diagnóstico como un “(…) componente integral del derecho fundamental a la salud, pues es un supuesto necesario para establecer con el mayor grado de certeza la patología del paciente, el tratamiento médico más eficiente y eficaz, así como para garantizar su ejecución oportuna.” En este sentido, la precitada prerrogativa, envuelve la siguiente facultad en cabeza del paciente: “(…) exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.”

83. En estos términos, el diagnóstico es una garantía que se compone de tres dimensiones: identificación, valoración y prescripción. La primera identificación se satisface con la realización de exámenes o pruebas médicas que sean adecuadas para determinar el estado de salud del paciente. La valoración implica que el profesional de la salud correspondiente evalúe e interprete la información recabada mediante los exámenes médicos. La prescripción significa la emisión de las órdenes médicas del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado para la mejora del estado de salud del individuo. En estos términos, el derecho al diagnóstico se satisface mediante la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, e implica determinar el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho a la salud. En relación con las precitadas facetas, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que, el derecho al diagnóstico implica:

"(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles."

84. Para efectos del caso sub judice, conviene precisar en qué circunstancias el juez de tutela ha de amparar el derecho al diagnóstico. Desde luego, el juez constitucional puede ordenar el diagnóstico en aquellos eventos en que así sea solicitado expresamente por el actor en el escrito de tutela, siempre que se verifiquen las condiciones para la procedencia de esa orden judicial. Sin embargo, cuando las pretensiones de la acción de tutela están encaminadas a que se ordene la autorización o el suministro de insumos, tecnologías en salud y/o la prestación de algún servicio, en la sentencia SU-508 de 2020 se señaló que, cuando no existe fórmula médica, el juez constitucional puede encontrarse ante dos escenarios que justifican una orden de amparo:

(i) "El juez puede ordenar el servicio o tecnología en salud cuando, ante un hecho notorio, advierte la evidente necesidad de suministrarlo, siempre que la orden se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante."

(ii) “Cuando [el juez] no encuentre evidencia de la necesidad en los términos anteriores, pero exista “un indicio razonable de afectación a la salud”, podrá tutelar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y ordenar a la EPS que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos emitan un concepto, en el que determinen la necesidad del servicio de salud, a fin de que sea eventualmente provisto”.

85. El acceso a un diagnóstico constituye un componente del derecho fundamental a la salud que, a su vez, obliga a las autoridades encargadas de prestar este servicio a establecer una serie de mecanismos encaminados a proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna. En esta línea, la posibilidad de una persona de acceder a cualquier tipo de insumo o servicio médico resulta inane si, de manera técnica, no se logra identificar, con cierto grado de certeza y objetividad, cuál es el insumo o servicio que mejor satisface las condiciones de salud del paciente.

86. En síntesis, el juez constitucional ha de ordenar el diagnóstico en favor del actor cuando (i) así sea expresamente solicitado en la acción de tutela y se cumplan los requisitos para decretarlo o (ii) aunque no sea expresamente solicitado en la tutela y ante inexistencia de órdenes o prescripciones médicas que soporten la autorización de algún insumo, tecnología o servicio en salud, las pruebas e información obrantes en el expediente sean insuficientes para determinar, con tecnicismo, certeza y objetividad, cuál es el insumo, tecnología o servicio que mejor garantiza atender el estado de salud del paciente.

J. Solución al problema jurídico planteado

87. Para dar solución al problema planteado, la Sala comenzará por precisar la situación particular de la agenciada y, en especial, lo que atañe a las patologías que padece, las consecuencias que de ellas se siguen y las demás circunstancias relevantes. Sobre esta base, se procederá a estudiar de manera separada, cada una de las pretensiones de la agenciada, a partir de los antedichos elementos de juicio y conforme a lo que se ha expuesto en los acápites anteriores.

89. De acuerdo con la literatura médica, la parálisis cerebral abarca un conjunto de trastornos crónicos, irreversibles e incurables ocasionados por una lesión o defecto en el desarrollo del cerebro inmaduro (trastorno neuromotor). En síntesis, el término parálisis implica una debilidad o problema en la utilización de los músculos, que se expresa con

alteraciones en el control del movimiento, el tono muscular y la postura. Mientras que, el término cerebral resalta que la causa de la parálisis radica en una lesión en las áreas motoras del cerebro que controlan el movimiento y la postura. Además de la evidente afectación a las funciones motoras, la parálisis cerebral puede afectar otras funciones superiores (atención, percepción, memoria, lenguaje y razonamiento) dependiendo del tipo, localización, amplitud y disfunción de la lesión neurológica y el nivel de maduración anatómico en que se encuentra el encéfalo cuando esta lesión se produce.

90. Por otra parte, los términos de “discapacidad funcional” y “retraso psicomotriz o psicomotor” no son propiamente enfermedades o trastornos en sí mismos, sino que hacen referencia a la manifestación clínica de ciertas patologías que afectan el sistema nervioso (como, por ejemplo, la parálisis cerebral) y que impactan en el desarrollo psicomotor de la persona. El desarrollo psicomotor es un término que se emplea para definir el progreso de la persona en sus primeros meses de vida frente a diferentes áreas funcionales (lenguaje, motor, manipulativo, social). Por ende, el retraso psicomotriz y la discapacidad funcional hacen referencia a la adquisición lenta o anormal (cualitativamente alterada) de los primeros hitos funcionales de desarrollo en la persona. Naturalmente, el grado y alcance de las precitadas manifestaciones clínicas dependerá del tipo de patología o trastorno que las ocasiona.

91. La breve descripción antedicha, pone en evidencia que la agenciada se encuentra en un estado de debilidad, causado por sus enfermedades. En efecto, la patología que padece (parálisis cerebral) y sus manifestaciones clínicas (discapacidad funcional y retraso psicomotriz profundo) le impiden valerse por sí misma para la realización de sus funciones vitales (esto es, alimentarse, asearse, moverse y comunicarse). Sumado a lo anterior, el estado de vulnerabilidad de la agenciada se agrava en consideración a sus condiciones socioeconómicas y a las condiciones de su núcleo familiar cercano. Lo anterior, permite concluir, sin ambages, que la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional.

92. Análisis relativo a la pretensión del servicio de enfermería. En el escrito contentivo de la tutela se solicitó al juez constitucional ordenar, en favor de la agenciada, la prestación del servicio de enfermería y/o “home care.”

93. La Sala constata que, en consideración a la compleja situación de salud que padece la

agenciada, la señora Clemencia requiere algún tipo de asistencia especializada, pues ella no puede atender por sí misma todas las tareas que requiere para su vida cotidiana. Fijado así el asunto, lo que debe analizarse es si tal requerimiento puede ser satisfecho por un cuidador o sí, por el contrario, requiere del servicio de enfermería. Al considerar las circunstancias de este caso, se tiene que la patología de la agenciada es de alta complejidad; que la única persona que vive con ella, su madre, es una persona de la tercera edad, que se encuentra en estado de pobreza, que también sufre complicaciones de salud y que no cuenta con los conocimientos requeridos y con el entrenamiento para cuidar a un paciente con parálisis cerebral. En vista de lo anterior, la Sala concluye que, en primer lugar, la asistencia en favor de la agenciada es necesaria y, en segundo lugar, Lucrecia no está en condiciones de prestar el servicio de cuidador ni el de enfermería.

94. Ante la certeza de que la asistencia es necesaria y luego de constatar que la madre de la agenciada no puede prestarla, le corresponde a la Sala establecer qué tipo de asistencia es la que se requiere y verificar cuáles son los requisitos que deben cumplirse, a partir de las reglas fijadas en la Sentencia SU-508 de 2020.

95. Sin embargo, la Sala verifica que la historia clínica que reposa en el expediente, la cual corresponde a una valoración realizada el 18 de octubre de 2022, por el médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez y sin que la agenciada se encontrase presente, resulta insuficiente a efectos de determinar con precisión y certeza médica cuál es el servicio de asistencia que requiere la señora Clemencia. Como se indicó antes, esta Corte, a través de diferentes autos de pruebas, solicitó en reiteradas ocasiones a la EPS accionada aportar al expediente la información necesaria para determinar, con exactitud, las complicaciones vitales que presenta la agenciada como consecuencia de su condición médica. No obstante, ante la renuencia de la EPS Emssanar por atender los requerimientos probatorios realizados por esta Corte y con fundamento en los principios de celeridad, acceso efectivo a la administración de justicia y pro actione, se optó por proferir un fallo considerando la información que obra en el plenario.

96. Así, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, es evidente que la agenciada requiere un servicio de asistencia domiciliaria y que, en principio, su madre no se encuentra en condiciones para fungir como cuidadora de Clemencia. Como se precisó anteriormente, la agenciada padece importantes limitaciones motoras y psicológicas que

dificultan el desempeño de su actividad funcional; además, su madre es una mujer de la tercera edad, con complicaciones de salud, en condición socioeconómica de pobreza y sin el entrenamiento requerido para cuidar a una paciente con parálisis cerebral. No obstante, conviene resaltar que en el plenario no obra prueba alguna que constate la existencia de una orden médica prescribiendo en favor de la agenciada el servicio de enfermería.

97. De esta forma, en aras de garantizar la atención domiciliaria que la agenciada requiere, la Sala encuentra la necesidad de impartir una orden de protección en su favor. Sin embargo, ante la ya mencionada dificultad probatoria y ante la inexistencia de una orden médica que prescriba el servicio de enfermería o cuidador, no es posible determinar con certeza médica cuál es el tipo de servicio domiciliario que, en este caso, requiere la señora Clemencia. Por lo tanto, la Sala amparará el derecho a la salud de la agenciada en la faceta de diagnóstico y le ordenará a la EPS accionada realizar, en un término perentorio, los estudios, exámenes y/o valoraciones médicas especializadas que correspondan para definir si la señora Clemencia requiere el servicio de enfermería o el de cuidador. Además, en línea con lo anterior, se estima necesario que la EPS accionada realice una visita al domicilio de la agenciada con el propósito de definir sus necesidades, el tiempo diario del servicio de cuidador o de enfermería requerido, y los horarios en los cuales se prestará el servicio. Lo anterior, de conformidad con la Sentencia T-353 de 2023.

98. Análisis relativo a la pretensión del suministro de pañales, leche y crema anti escaras. En la tutela se deprecó al juez constitucional ordenar a la accionada el suministro de pañales, leche y crema anti escaras, como insumos esenciales para el cuidado de la agenciada. Como se refirió, la jurisprudencia constitucional ha estudiado la posibilidad de que, dentro de las prestaciones propias del sistema de salud, se incluyan insumos y tecnologías tales como pañales, pañitos húmedos, crema, entre otros. Como se indicó previamente, en el caso de los insumos, el juez de tutela ordenará su suministro en dos eventos: (i) si existe orden médica que así lo determine o (ii) si, pese a la inexistencia de una orden médica, es un hecho notorio que el paciente lo requiere (sometido esto a posterior verificación médica). Existe una tercera alternativa, consistente en amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico y ordenar la correspondiente evaluación especializada para determinar si se requiere o no el insumo.

99. En cuanto a la pretensión asociada al suministro de pañales, en el expediente consta una

orden médica suscrita por el médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez el 18 de octubre de 2022. En dicha orden se prescribe la entrega de pañales en favor de la agenciada en los siguientes términos: 1 cada 8 horas, por un término de 90 días. Este suministro, al parecer, se ha cumplido, como lo muestra la accionada en el escrito de impugnación de la sentencia de primera instancia, por medio de un documento denominado "Formato de Entrega de Medicamentos por Evento" realizado por la IPS FARMAT LTDA, con fecha 21 de abril de 2023. Este documento, en principio, demuestra la entrega de pañales en favor de la agenciada. No obstante, llama la atención de la Sala la circunstancia de que la fecha del precitado formato es, por mucho, posterior a la fecha en que se emitió la orden por parte del médico Hurtado Rodríguez. Además, las referidas deficiencias probatorias, impiden determinar con certeza si la entrega de pañales realizada el 21 de abril de 2023 corresponde al acatamiento de la orden médica del 18 de octubre de 2022 y si el suministro de los pañales se ha realizado en los términos fijados por el médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez.

100. En ese sentido, y ante la ya referida desatención probatoria atribuible a la accionada, no existen elementos de juicio que, con suficiencia, permitan concluir que la accionada EPS Emssanar atendió, de manera precisa y oportuna, la orden médica del 18 de octubre de 2022. Es más, considerando lo expresado en la contestación que la accionada realizó frente a la acción de tutela, es dable suponer que la orden médica asociada a la entrega de pañales no fue adecuadamente satisfecha. Lo anterior, ciertamente, comporta una vulneración frente al derecho fundamental a la salud de la agenciada, puesto que, pese a la existencia de una prescripción médica, la accionada desatendió (al menos de manera inicial) la indicación del médico tratante. Se reitera, de conformidad con los principios de celeridad, acceso efectivo a la administración de justicia y pro actione, la Sala optó por superar la reiterada renuencia probatoria de la EPS accionada y proferir una decisión considerando los elementos de juicio que obraban en el expediente. Por lo anterior, se ordenará a la EPS accionada que, de no haberlo hecho, suministre en favor de la agenciada el insumo de pañales, prescrito por el médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez en la orden médica del 18 de octubre de 2022. Asimismo, se ordenará a la EPS accionada remitir a la agenciada a su médico tratante, para que éste certifique la periodicidad con la cual se requiere la entrega del precitado insumo.

101. Por otra parte, en cuanto a la pretensión asociada al suministro de crema anti escaras, esta Corte, en la sentencia SU-508 de 2020, precisó que las cremas anti escaras son insumos

que “actúan como medidas preventivas de las úlceras por presión.” De conformidad con la literatura médica, las úlceras por presión “son áreas de piel lesionada por permanecer en una misma posición durante demasiado tiempo (…) [e]l riesgo es mayor si está recluido en una cama, utiliza una silla de ruedas o no puede cambiar de posición. Las úlceras por presión pueden causar infecciones graves, algunas de las cuales pueden poner la vida en peligro. Pueden constituir un problema para las personas en los centros de cuidados especializados.”

102. De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se verifica que no existe orden médica en la cual se prescriba la entrega del precitado insumo (crema anti escaras). Sin embargo, es menester tener presente que la agenciada, al padecer de parálisis cerebral, permanece inmóvil (bien sea en cama o en silla) y requiere asistencia de un tercero para realizar cualquier cambio de posición. Siendo así, es notorio que la crema anti escaras es un insumo fundamental para asegurar su bienestar. Por lo anterior, la Sala ordenará a la EPS accionada suministrar, en favor de la agenciada, el precitado insumo. Sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia SU-508 de 2020, tal determinación estará condicionada a la posterior ratificación de dicha necesidad por parte del médico tratante.

103. En línea con lo anterior y como se refirió anteriormente, en el presente caso se presentan carencias probatorias derivadas de la renuencia de la EPS accionada por suministrar información relevante requerida por esta Sala para la resolución del caso. No obstante, conforme a los principios de celeridad, acceso efectivo a la administración de justicia y pro actione, es necesario fallar de fondo y ofrecer una solución al problema jurídico de la tutela. Por ello, la Sala acude a los elementos obrantes en el expediente y determina que, ciertamente, la agenciada no puede realizar movimientos por su propia cuenta y permanece inmóvil (hecho afirmado en: el escrito contentivo de la tutela, la valoración médica del 18 de octubre de 2022 y la impugnación realizada por al EPS Emssanar a la decisión de primera instancia). Por ello, al menos de forma preliminar, se verifica la necesidad del insumo en cuestión. Ahora, ante la ausencia de certeza sobre las condiciones en que habrá de ser suministrada la crema requerida, se decidió amparar el derecho al diagnóstico y condicionar tal determinación a posterior ratificación médica.

104. Finalmente, en el escrito de tutela también se solicitó al juez constitucional que ordenase a la EPS accionada el suministro de leche en favor de la agenciada. A tal respecto, tampoco existe orden médica que determine la necesidad de suministrar dicho insumo en su

favor. A diferencia de lo que logró constatar la Sala con respecto a la crema anti escaras y los pañales, el suministro de leche no es manifiestamente necesario para asegurar el bienestar de la agenciada, pues frente al cuidado de las precitadas patologías (no se constituye en un hecho notorio). Por lo anterior, frente a este insumo, la Sala se abstendrá de acceder a la pretensión.

105. Sin perjuicio de lo anterior, considerando que el diagnóstico constituye una faceta esencial del derecho fundamental a la salud, la Sala ordenará a la EPS accionada que realice los exámenes, estudios y valoraciones médicas que correspondan para: (i) verificar qué insumos requiere la agenciada para el cuidado de su salud y, específicamente, de las patologías referidas en la presente acción de tutela, (ii) ratificar técnicamente lo concerniente al ordenado suministro permanente de pañales y (iii) ratificar técnicamente lo concerniente al ordenado suministro de crema anti escaras.

106. Por último, se le prevendrá a la accionada para que, en lo sucesivo, se abstenga de no atender injustificadamente las órdenes médicas que, en favor de la agenciada, impliquen el suministro de algún insumo esencial para el cuidado de su salud y, en especial, de las patologías de parálisis cerebral, discapacidad funcional y retraso psicomotriz profundo.

107. Análisis relativo a la pretensión del servicio de transporte. En la acción de tutela se puso de presente la necesidad de la agenciada de que se le un servicio de transporte, para que pueda atender con una acompañante, de manera adecuada y oportuna, las citas médicas que requiere para el control de su salud. De conformidad con la información que reposa en el expediente, la agenciada habita en el corregimiento de Córdoba (zona rural del Distrito de Buenaventura) y la atención médica le es prestada en zona urbana del referido distrito. En ese sentido, el análisis debe hacerse considerando la normatividad y estándares jurisprudenciales relacionados con el transporte intra municipal o intraurbano.

108. Como se indicó atrás, en materia de transporte intra urbano la regla es la de que este debe ser asumido por el usuario o su red de apoyo. Sin embargo, la EPS debe asumir y garantizar el servicio referido cuando: “(i) el médico tratante determinó que el paciente necesita el servicio, (ii) el paciente y su red de apoyo no tienen los recursos necesarios para pagar el costo del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión, se pone en riesgo la vida, la integridad o la salud del accionante.”

109. Si bien, para esta Sala, es fundamental la existencia de una determinación médica que ordene, bajo criterios técnicos, que el paciente requiere el servicio de transporte intraurbano, tal como ha precisado la jurisprudencia, ante la existencia de un hecho notorio sobre la necesidad del servicio, es procedente que el juez constitucional lo conceda (con fundamento en la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la salud), circunscribiendo su determinación a una posterior verificación por el profesional de salud correspondiente.

110. En la mayoría de las decisiones de tutela asociadas a transporte intra urbano se ha reconocido esta prestación a sujetos de especial protección constitucional, en razón a su edad, ya sea porque se trata de niños o de personas de la tercera edad. Además de tales supuestos, esta Corporación también ha amparado los derechos de pacientes que, pese a no ser niños o adultos mayores, se encuentran en una evidente situación de indefensión, dada la patología que les fue diagnosticada, como sucedió, entre otras, en las sentencias T- 706 de 2017, T- 259 de 2019 y T- 266 de 2020.

111. Frente al caso sub judice, la Sala considera que es relevante la sentencia T-464 de 2018, en la cual se concedió el servicio de transporte intra urbano a un paciente que padecía de parálisis cerebral. En ese caso, pese a la inexistencia de una orden médica, se atendió a la notoriedad frente a la necesidad del servicio y, consecuentemente, se ordenó a la accionada su prestación. Este caso es relevante, porque los hechos probados de tal sentencia son semejantes a los que están probados en este caso y, en esa medida, la Sala reconoce que está ante un precedente relevante que debe ser seguido en esta sentencia.

112. La Sala encuentra que es evidente que la delicada condición de salud de la agenciada requiere del control permanente de profesionales de la medicina y de las ciencias de la salud. Como ya se dejó en claro, la madre de la agenciada no está en condiciones económicas, e incluso físicas para transportar por sus propios medios a la agenciada, que vive en un corregimiento al oriente del casco urbano del Distrito de Buenaventura. Por ello, se concederá, en favor de la agenciada el servicio de transporte intraurbano para el cumplimiento de citas, terapias, controles, valoraciones y/o procedimientos que requieran efectuarse, en aras de atender sus patologías de parálisis cerebral, retraso psicomotriz profundo y discapacidad funcional. Lo anterior, sometido a posterior rectificación por parte del médico tratante.

113. Análisis relativo a la pretensión asociada al tratamiento integral. En primer lugar, debe precisarse lo relativo a los requisitos fijados por la jurisprudencia para decretar la procedencia del tratamiento integral y su cumplimiento en el presente caso.

Caso Concreto

Negligencia de la EPS en la prestación del servicio médico.

Como se expresó, para la procedencia de la orden asociada al tratamiento integral es menester verificar si la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes y ello puso en riesgo los derechos fundamentales del paciente (prolongando su sufrimiento físico o emocional y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte).

En el caso concreto, se constató que la EPS Emssanar no atendió oportunamente la orden médica asociada al suministro de pañales por 90 días, suscrita por el médico tratante en octubre de 2022. No obstante, en el expediente obra prueba de que, en fecha posterior (abril de 2023), la referida EPS suministró, en favor de la agenciada, el precitado insumo.

Así mismo, no consta en el expediente que la agenciada (o sus acudientes) hubieren solicitado directamente a la EPS accionada la entrega o suministro de algún otro insumo, tecnología, medicamento o servicio que hubiere sido injustificadamente negado por la accionada. Tampoco consta que la accionada se hubiere abstenido de atender alguna otra orden médica asociada al tratamiento o cuidado del conjunto de patologías que padece la agenciada. Por lo anterior, en principio, es dable concluir que, pese a la situación asociada a los pañales, la EPS Emssanar no ha negado ni obstaculizado de forma negligente el servicio de salud en favor de la agenciada.

Esta Sala estima que el concepto de “negligencia en la atención” ha de estar compuesto por una serie de eventos o hechos que demuestren que, de forma reiterada, injustificada y abiertamente contraria a derecho se ha prestado un mal servicio en evidente desmedro del afiliado. Así mismo, ese accionar negligente ha de implicar un impacto notorio en la salud del paciente. Pues bien, estas circunstancias NO están acreditadas en el caso concreto y, por lo tanto, este requisito no está satisfecho.

Existencia de órdenes médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente como los

servicios o tecnologías en salud que requiere.

El segundo requisito para decretar el tratamiento integral consiste en verificar la existencia de prescripciones u órdenes médicas, emitidas por el médico tratante, que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente como los servicios o tecnologías en salud que requiere.

En este caso, salvo en lo atinente al insumo de los pañales, no existía orden o prescripción médica frente a alguno de los demás insumos o servicios referidos en la acción de tutela. Por lo anterior, este segundo requisito también se entiende como no satisfecho.

Actor como sujeto de especial protección constitucional y/o en precarias condiciones de salud.

En este caso, es notorio que la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional, en atención a la gravedad de sus enfermedades, las complejas implicaciones que éstas tienen para el desarrollo de sus funciones vitales y su estado socioeconómico. Lo anterior, significa que el presente requisito se entiende satisfecho.

No obstante, conviene poner de presente que el simple hecho de constatar que el actor es un sujeto de especial protección constitucional no es suficiente para sostener que la orden de tratamiento integral es procedente, por cuanto tiene que analizarse la satisfacción de los demás requisitos.

114. En línea con el anterior análisis es importante poner de presente que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas. Además, una eventual orden de tratamiento integral no ha de asentarse frente a aspectos “futuros o inciertos” en cuanto al tratamiento que requiere el actor. En este sentido, al momento de declararse el tratamiento integral, el juez ha de circunscribir su orden frente a aquellos aspectos determinados por el profesional médico en cuanto a los servicios, procedimientos, insumos, tecnologías, medicamentos, diagnósticos o valoraciones que requiere el paciente.

115. En el presente caso se constató que, salvo por el asunto relacionado con la entrega de los pañales, a la agenciada no se le negó la atención en salud asociada con los otros insumos y servicios médicos mencionados en la acción de tutela, ni existía orden o prescripción

médica que dispusiese la entrega de esos insumos y servicios. Por ende, no se verificó que de manera reiterada, injustificada y abiertamente contraria a derecho se hubiere prestado un mal servicio de salud en notorio desmedro de la salud de la agenciada y, por lo tanto, no se verifica, en términos generales, una prestación negligente del servicio de salud atribuible a la accionada EPS Emssanar.

116. Además, considerando que, a la fecha en que se profiere esta decisión, no existe orden médica asociada con aquellos insumos y servicios referidos en la tutela, cualquier determinación del juez constitucional a este respecto estaría afincada en aspectos inciertos o que requerirían de eventual comprobación médica, contrariando la naturaleza de concreción y certidumbre que se predica de la orden de tratamiento integral.

117. Por lo anterior, frente a este específico aspecto, la Sala confirmará la decisión de segunda instancia consistente en no conceder el tratamiento integral, por cuanto no se cumplen los requisitos para el efecto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el numeral “PRIMERO” de la sentencia de segunda instancia dictada el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura en el trámite de la referencia, en el sentido de tutelar el derecho fundamental a la salud en cabeza de Clemencia.

Segundo.- CONFIRMAR el numeral “CUARTO” de la sentencia de segunda instancia proferida el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura en el trámite de la referencia, en el sentido de no conceder el tratamiento integral en favor de Clemencia.

Tercero.- REVOCAR los numerales “SEGUNDO” y “TERCERO” contenidos en la sentencia de segunda instancia proferida el 26 de octubre de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura en el trámite de la referencia, de conformidad con las razones

expuestas en la parte motiva de esta sentencia y, en su lugar, atender a las determinaciones que a continuación se disponen.

Cuarto.- ORDENAR a la EPS Emssanar lo siguiente:

4.1) Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, convoque, para fecha próxima de no más de un (1) mes, contado a partir de la notificación del presente fallo, a una junta médica encargada de valorar la necesidad de prestar en favor de la agenciada el servicio de enfermería o el de cuidador. La EPS Emssanar deberá autorizar y garantizar la adecuada prestación del servicio de atención domiciliaria que corresponda, en los estrictos y precisos términos en que sea fijado por los profesionales médicos encargados de la valoración correspondiente.

4.2.) De conformidad con las consideraciones, en aras de determinar cuál es el servicio de atención domiciliaria que requiere la agenciada, la EPS Emssanar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, programará, para fecha próxima y anterior a la fecha que se fije de conformidad con el punto resolutivo 4.1) de esta sentencia, visita al domicilio de la agenciada, en la que deberá determinar sus necesidades, el tiempo diario que requiere para la prestación del servicio de cuidador o enfermería, y los horarios y condiciones en los que se prestará el servicio.

Quinto.- ORDENAR a la EPS Emssanar el estricto y preciso cumplimiento de las siguientes órdenes:

5.1) De no haberlo realizado, suministre a la agenciada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, el insumo de pañales prescrito por el médico Fabio de Jesús Hurtado Rodríguez en la orden médica del 18 de octubre de 2022. Ello, acatando los términos en que se prescribió por el profesional médico la entrega del precitado insumo.

5.2) Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, autorice y realice la entrega del insumo crema anti escaras a Clemencia, en cantidad suficiente para atender sus necesidades por el término de noventa (90) días.

5.3) Reconozca y garantice el servicio de transporte intraurbano, ida y vuelta, a la agenciada

y a un acompañante, desde su lugar de residencia, para que ésta pueda asistir a citas, controles, procedimientos, exámenes, terapias y/o valoraciones que sean prescritas por su médico tratante y que hubieren de realizarse en el Distrito de Buenaventura. El transporte suministrado ha de atender a la particular condición de salud de la agenciada, asegurando que sea transportada de manera segura, adecuada y oportuna.

Sexto.- NEGAR la pretensión encaminada a ordenar a la EPS Emssanar el suministro, en favor de la agenciada, del insumo de leche, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta sentencia.

7.1) La periodicidad con la cual ha de realizarse la entrega de pañales en favor de la agenciada.

7.2) La valoración completa e integral del estado de salud de la agenciada, con el objetivo de definir qué insumos requiere para el tratamiento de las patologías referidas en la acción de tutela.

7.3) Ratifique la orden contenida en el numeral “5.2.” de la parte resolutiva de la presente sentencia y se defina sobre la necesidad de suministrar a la agenciada el insumo de crema anti escaras.

7.4) Ratifique la orden contenida en el numeral “5.3.” de la parte resolutiva de la presente sentencia y se defina sobre la necesidad de suministrar a la agenciada el servicio de transporte intra urbano.

Octavo.- De conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia, DESVINCÚLESE del presente trámite a la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el Grupo Primar IPS S.A.S., la IPS Farmart LTDA y al médico Fabio Hurtado Rodríguez.

Noveno.- ORDENAR, por medio de la Secretaría General de esta Corporación, se compulsen copias a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las diligencias correspondientes, relacionadas con la posible falta en la que pudo haber incurrido la EPS

Emssanar por el hecho de no atender los requerimientos probatorios realizados por la Corte Constitucional en el marco del presente proceso; requerimientos directamente asociados con la atención en salud que dicha EPS brindó a la señora Clemencia.

Décimo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: Sentencia T-203 de 2024

Magistrada ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Quinta de Revisión, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Coincido con que en el caso sub examine debió protegerse el derecho fundamental a la salud de la agenciada puesto que es un sujeto de especial protección constitucional que requiere el suministro de insumos y la prestación de servicios especializados en salud, de manera inmediata. Sin

embargo, considero que algunos de los razonamientos utilizados en el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para ordenar dichos insumos y prestaciones de servicios exceden el ámbito de flexibilidad que la misma Corte ha planteado. Esto, por las siguientes dos razones.

Primero, porque, de manera general y salvo excepciones muy específicas, el solo diagnóstico de la paciente no es suficiente para hacer las flexibilizaciones probatorias dirigidas a ordenar insumos y servicios de salud por vía de tutela y con prescindencia de órdenes médicas que así lo prescriban. Aunque en este caso era evidente la necesidad de la agenciada de contar con los insumos y servicios solicitados en razón a las múltiples patologías que padece, es importante poner de presente que del expediente no se desprende que el núcleo familiar de la agenciada haya acudido a la prestadora de servicios de salud con el fin de solicitar dichos insumos; y que la EPS haya negado o dilatado dichas prestaciones. Lo anterior resulta relevante en el entendido de que, a pesar de que los insumos puedan encontrarse evidentes para el juez de tutela, quien es realmente idóneo para verificar la necesidad o no de los servicios de salud es el médico tratante, pues es quien se encuentra calificado para ello. Por esta razón, es a este profesional a quien debe acudirse en primera instancia para solicitar los servicios que se consideren necesarios para garantizar el bienestar de la paciente.

Al respecto, la jurisprudencia ha reiterado que “el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico” y es por ello que resulta fundamental que exista al menos evidencia de la necesidad de los servicios médicos que se ordenan por vía de tutela y además que se pueda al menos deducir una causa plausible del por qué no existe la orden médica que los ordena. Es por ello que considero que resulta más beneficioso para la salud del paciente que, en los casos donde no existe evidencia sumaria de la necesidad de estos servicios médicos en la historia clínica del paciente y además no se evidencia el actuar diligente del paciente o su núcleo familiar de solicitar los servicios de salud necesarios, el juez de tutela deba proteger el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, ordenando que sea el médico quien determine, antes de otorgar directamente la prestación de salud, la necesidad de la misma. Todo esto valorándose también las condiciones de especial protección en cada uno de los pacientes, como se hizo en el caso concreto.