

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Protección constitucional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO-EPS hizo entrega de insumos a menor en situación de discapacidad

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS Y ACCESO EFECTIVO A LOS SERVICIOS QUE SE REQUIERAN SIN BARRERAS NI OBSTACULOS

En el marco de la gestión y la prestación del servicio de salud a favor de los niños y niñas, es preciso considerar que todos los agentes que intervienen en él, tanto públicos como privados, deben (i) orientarse no solo al mantenimiento del mayor nivel de salud posible, como para la generalidad de la población, sino que deben perseguir un desarrollo infantil efectivo, como condición para el ejercicio de sus demás garantías constitucionales y (ii) atender en cualquier caso el interés superior, como presupuestos para la consolidación de la dignidad humana del niño.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Las cuotas recuperadoras o pagos moderadores no podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres

Los copagos y las cuotas moderadoras, hacen parte de los “pagos moderadores” en el sistema y están consagrados en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, con el objetivo de racionalizar el acceso a los servicios médicos que ofrece el sistema. El Legislador estableció en el segundo inciso de dicha norma que “[e]n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. En consecuencia, la Ley 1122 de 2007 en el literal g) de su artículo 14, dispuso que “g) [n]o habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace”, y con ello configuró la clasificación en esta categoría socioeconómica como uno de los hechos capaces de eximir de los cobros de racionalización del sistema de salud a una persona, en razón de su estado de vulnerabilidad.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Tratamientos deben ser prescritos por médico tratante

Cualquier orden de tratamiento integral debe estar orientada a garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que puedan presentar los pacientes diagnosticados por el respectivo médico tratante, conforme con las recomendaciones, procedimientos e insumos prescritos por aquel. Así, opera solo cuando el prestador haya desconocido el principio de integralidad, en los términos anteriormente señalados.

ATENCION DOMICILIARIA-Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales

La jurisprudencia constitucional ha avalado el servicio de cuidador, como una prestación de atención domiciliaria distinto al de enfermería, que no está incluido en el plan de beneficios

en salud por incumbir, en primer lugar, a la familia. Corresponde a esta última porque “comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma” sin necesidad de conocimientos médico-científicos. En esa medida solo puede ser prestado por el sistema de seguridad social en salud cuando el núcleo familiar esté en imposibilidad material para prestar ese acompañamiento.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Orden a EPS crear protocolo de atención virtual o de tramitación de procedimientos en salud a distancia, para madres o padres, de acuerdo a las circunstancias especiales de sus hijos

La EPS deberá diseñar y hacer operativos mecanismos para extender a madres o padres que se encuentren en condiciones análogas a las de la accionante, la medida y poner a su disposición otros canales preferentes de atención que les permitan, desde su hogar, obtener autorizaciones y realizar demás trámites administrativos para materializar el derecho a la salud de sus hijos, cuando su condición de salud lo amerite. Se le ordenará que adopte medidas internas de tipo general para crear un protocolo de atención virtual o de tramitación de procedimientos en salud a distancia, para madres o padres cuando: (i) tengan de manera exclusiva el cuidado de su hijo; (ii) su núcleo familiar esté compuesto por él o ella y su hijo(a), o no haya dentro del mismo alguien más con capacidad para su cuidado; (iii) este último haya sido diagnosticado(a) con múltiples patologías; (iv) y esté sometido(a) a tratamientos permanentes y continuos; con el propósito de que no deban salir con él(ella) a tramitar los distintos procedimientos de salud que requieren, (v) siempre que hacerlo represente un riesgo para la salud y la integridad del menor de edad.

Referencia: Expediente T-7.690.061

Acción de tutela instaurada por Ana, en representación de su hijo Federico, contra Paloma

EPS.

Vinculadas: Secretaría de Salud Departamental de Verde, Secretaría de Salud Municipal de Azul, Fundación Árbol y Fundación Corazón.

Procedencia: Juzgado Octavo Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Azul.

Asunto: El derecho a la salud, la exoneración de pagos moderadores y la integralidad del servicio. Inexistencia de carencia actual de objeto por hecho superado. Procedencia general de la acción de tutela.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., primero (1º) de julio de dos mil veinte (2020).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión de única instancia emitida el 7 de octubre de 2019, por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Azul, que negó el amparo solicitado.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que hizo el juez, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y del inciso 2° del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Fue escogido para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de 2019, mediante auto del 26 de noviembre de ese año.

Aclaración previa

En este caso se estudiará la situación de un menor de edad por lo que, como medida de protección de su intimidad y habida cuenta que se hará referencia a datos de su historia clínica, los cuales son información sensible, la Sala considera necesario suprimir de esta providencia y de toda publicación de la misma, el nombre del niño y el de sus familiares, como los datos e información que permitan identificarlo¹.

En consecuencia, se han cambiado los nombres reales del menor de edad y de sus familiares por unos ficticios, que se escribirán en letra cursiva. Del mismo modo, los nombres de los municipios en los que sucedieron los hechos se reemplazarán por unos ficticios.

I. ANTECEDENTES

El 20 de septiembre de 2019, Ana, en representación de su hijo menor de edad Federico, promovió acción de tutela contra Paloma EPS, por considerar que esa entidad afectó los derechos a la salud y a la dignidad humana de aquel, al no suministrarle algunos insumos y cobrarle pagos moderadores para el tratamiento de sus padecimientos, pese a su condición socioeconómica.

A. Hechos y pretensiones

1. Federico es un niño de un año y ocho meses. Desde el momento de su nacimiento², el 28 de agosto de 2018³, fue diagnosticado con distintas patologías, entre ellas asfixia Perinatal Sarnat II-III, hipertensión pulmonar, epilepsia, bronquitis aguda, síndrome de niño hipotónico, criptorquidea bilateral, ERGE⁴ con funduplicatura y gastrostomía⁵. A causa de su condición al nacer, el médico consideró que era un “[r]ecién nacido de alto riesgo de morbilidad con pronóstico vital y neurológico reservado”⁶. Según lo afirmó la promotora del amparo, el infante es atendido bajo la categoría de una enfermedad huérfana⁷ considerada, como todas las de su especie, de alto costo⁸.

1. En atención a la condición de salud del niño, su madre no trabaja. En efecto, por recomendación del médico tratante, ella debe atenderlo en forma permanente para identificar los distintos signos de alarma relacionados con su condición. Al respecto, aquel le indicó: “nunca deje solo a su hijo, si tiene que salir déjelo a cargo de una persona adulta de confianza”⁹. Además, debe llevarlo a constantes visitas en distintos centros de atención, para recibir tratamiento por parte de la EPS accionada.

1. Así mismo, la señora Ana asegura que ella se encuentra en una condición económica apremiante que le impide “adquirir los elementos de asepsia”¹⁰ necesarios para atender a su hijo. Sobre este particular, informa que es una persona en condición de desplazamiento forzado, reconocida por la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) mediante la Resolución N°2019-37215 del 14 de mayo de 2019¹¹. Agrega que el niño está afiliado a la EPS accionada en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el que está clasificado en el nivel I del SISBEN.

1. El 27 de abril de 2019, el niño fue sometido a una resonancia magnética, en la cual se advirtió que Federico perdió volumen del parénquima cerebral y tuvo engrosamiento mucoso etmoidal y maxilar por sinusopatía crónica. Desde el 9 de septiembre de ese mismo año, ha estado hospitalizado en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Fundación Corazón.

A. Actuaciones en sede de instancia

Repartido el escrito de tutela al Juzgado Octavo Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Azul, este admitió la demanda por auto del 23 de septiembre de 2019 en el que, además, vinculó a la Secretaría de Salud Departamental de Verde, a la Secretaría de Salud Municipal de Azul, a la Fundación Árbol y a la Fundación Corazón.

Respuesta de las entidades demandadas

Paloma EPS destacó que las prestadoras de servicios médicos únicamente están en la obligación de suministrar los medicamentos del listado oficial del Plan de Beneficios en Salud (en adelante, PBS), de tal forma que los servicios e insumos que no hacen parte de él deben

gestionarse “por el profesional de la salud tratante a través del aplicativo MIPRES”¹² o del formulario para contingencias; posteriormente la IPS debe hacer llegar la solicitud a la EPS. Informó que el Departamento de Verde se acogió al sistema MIPRES del régimen subsidiado en abril de 2019. Por ende, hay casos excepcionales en que el sistema provee las prestaciones que no figuran en el mencionado listado por aplicación directa de la Constitución.

La accionada señaló que, si bien la jurisprudencia ha puntualizado los casos en los cuales procede el otorgamiento de servicios no incluidos en el PBS, el juez de tutela es quien debe valorar si estos se cumplen o no, para que aquellos puedan ser suministrados por el sistema de seguridad social en salud. Destacó que ha autorizado “homecare”¹³ y valoraciones por especialista en dolor y cuidados paliativos¹⁴ requeridos por Federico.

En este caso, los implementos solicitados “no cuentan con justificación ni solicitud médica” y están excluidos del PBS según las Resoluciones N°5857 de 2017 y N°244 de 2019 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, de modo que es el Departamento de Verde el que debe asumir su costo. De tal suerte, “deberá resolverse la presente Acción de tutela en el sentido de ORDENAR A LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE VERDE, garantizar el pago a las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud – IPS, de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud que se deriven de la presente acción de tutela y que sean ordenados por el médico tratante adscrito a la EPS”¹⁵.

Luego de hacer consideraciones respecto del servicio de transporte en materia de salud, la accionada se opuso a la pretensión de tratamiento integral, bajo el argumento de que el juez de tutela no puede fallar sobre el supuesto de la futura negativa de los servicios, para “otorgar prestaciones que aún no existen”¹⁶.

Sobre el caso concreto indicó que el niño tiene solo dos servicios pendientes, para los cuales

existe orden del médico tratante ya autorizada. Por lo tanto, sugirió que se le exonere de cualquier responsabilidad, pues ha “prestado los servicios correspondientes a tecnologías de salud dentro del marco de [su] competencia legal y reglamentaria”¹⁷. Pidió que, de lo contrario, se le ordene a la Secretaría de Salud Departamental que pague todo aquello que resulte concedido.

Adicionalmente, solicitó vincular al Ministerio de Salud y Protección Social, sin sustentar las razones que apoyan su petición.

La Fundación Árbol informó que entre las distintas EPS para las cuales presta el servicio de salud, no se encuentra Paloma. Pese a ello, señaló que atendió a Federico por urgencias y hospitalización desde el 22 de marzo al 13 de junio de 2019 en forma eficiente. Aun así, recordó que la EPS es la responsable de direccionar a sus afiliados a su propia red de instituciones prestadoras de salud - IPS.

El Departamento de Verde sostuvo que la EPS accionada debe garantizar la prestación de los servicios en favor de Federico, “se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios en salud de conformidad con lo indicado por su médico tratante”¹⁸. Solicitó al fallador abstenerse de efectuar pronunciamientos respecto del recobro de servicios, pues la labor del juez de tutela se debe contraer a la protección de los derechos fundamentales.

La Fundación Corazón manifestó que, sobre todo a través del servicio de urgencias, ha atendido a Federico. El último ingreso es del 9 de septiembre de 2019, cuando fue hospitalizado. Finalmente, destacó que “es de vital importancia contar con la cooperación administrativa de PALOMA EPS para autorizar lo que sea requerido bajo criterio médico”¹⁹ para el tratamiento del niño.

La Alcaldía de Azul precisó que los insumos solicitados deben ser suministrados por la EPS, con el fin de prevenir un daño a la salud del niño. Solicitó ser desvinculada de la acción, en la medida en que no presta los servicios médicos requeridos.

A. Decisión objeto de revisión

Mediante sentencia del 7 de octubre de 2019, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Azul resolvió “no conceder el amparo”²⁰. Encontró que los jueces de tutela no son los llamados a determinar la viabilidad del suministro de productos sobre los que no haya prescripción médica y que únicamente los profesionales de la salud pueden hacerlo, pues son ellos quienes tienen el conocimiento científico requerido para el efecto. Así, “la acción de tutela se torna improcedente cuando se pretende obtener un servicio en salud que el médico tratante no determine (...) para el manejo de la enfermedad que pueda sufrir el paciente”²¹.

A. Actuaciones en sede de revisión

Repartido este asunto al despacho de la Magistrada sustanciadora, el 28 de enero de 2020, se emitieron dos autos referentes al proceso. En el primero, la Sala Sexta de Revisión adoptó una medida provisional, ante la situación de riesgo de morbilidad de Federico. Tal medida consistió en la emisión de dos órdenes a la EPS: entregar los implementos solicitados por la madre del menor de edad y exonerarlo de pagos moderadores en el marco de su tratamiento.

En un segundo auto, la ponente solicitó pruebas, para lo cual planteó diferentes cuestionarios a cada una de las partes y a la Fundación Corazón.

A Ana²² se le formularon preguntas específicas sobre el estado de salud de Federico²³ y la situación socioeconómica de su familia²⁴. Al responder el requerimiento sostuvo que el niño sigue hospitalizado, pues fue internado desde el 13 de febrero de 2020. Informó que, para febrero de 2020, los diagnósticos de Federico, además de los relacionados en la acción de tutela, son (i) microcefalia; (ii) trastorno de la deglución (ERGE con funduplicatura + gastrostomía); (iii) epilepsia; (iv) critorquidia bilateral; (v) retraso del desarrollo psicomotor; e (vi) infección respiratoria aguda.

A su turno, respecto del diagnóstico del menor de edad, indicó que los especialistas en genética se encuentran valorando la posibilidad de que el niño presente una enfermedad huérfana.

Añadió que la recomendación de no dejar solo a Federico persiste a causa de todos sus diagnósticos por lo cual debe estar atenta a los distintos signos de alarma. Relató que, cuando estas señales aparecen, ha llevado al niño al servicio de urgencias en varias oportunidades en las que ha sido hospitalizado por largos periodos.

En relación con su condición socioeconómica, la señora Ana sostuvo que tiene el respaldo de los abuelos de Federico, quienes hacen un aporte mensual de \$1.500.000. Además, el papá del niño le consigna \$100.000 mensuales. No obstante, los gastos que acarrea la condición de salud del menor de edad desbordan estos apoyos y ascienden aproximadamente a \$2.000.000 mensuales, que ella no puede cubrir, pues además del tratamiento médico de su hijo, también asume el arriendo de la vivienda en la que habitan ambos 25, la cual se encuentra clasificada en el estrato socioeconómico uno. De igual modo, calcula la alimentación de los dos en una suma aproximada de \$150.000 e indica que tienen otros gastos, entre los que destacó el transporte y el aseo. Textualmente, la señora Ana dijo que “los gastos mensuales son los siguientes: // Arriendo \$400.000 // Comida \$150.000 // Aseo \$70.000 // Transporte \$200.000”²⁶. Expresó que, en ocasiones, ha debido “mermar le (sic.) [al niño] la dosis de alimentación por falta de plata”²⁷.

La madre de Federico manifestó que debe llevarlo consigo cuando hace trámites asociados a su atención, por lo que el niño es expuesto a bacterias que lo han llevado recurrentemente al servicio de urgencias. Debido a esto, solicitó en sede de revisión la asignación de un cuidador por 12 horas diarias.

Por su parte, a la EPS accionada²⁸ se le ofició con el propósito de que aportara información sobre la condición de salud del accionante y sobre las gestiones internas desplegadas para su atención²⁹. Al respecto, sostuvo que ha otorgado todos los servicios requeridos en el marco del tratamiento y aportó una imagen que da cuenta de una fórmula médica del 14 de enero de 2020, la que prescribe para un periodo de tres meses los siguientes insumos: “pañales desechables winnie etapa 4 ultrasec para cambio cada 3 horas (...) pañitos húmedos desechables winnie x 100, 1 cada 15 días (...) # 6 paquetes, crema almipro tarro 500gr 1 tarro al mes (...) crema Jonhson tarro 400ml, 1 tarro por 1 mes (...), guantes desechables caja por 100 unidades, 1 caja cada 15 días (...), tapabocas caja por 50 unidades, 1 caja por 1 mes”³⁰. Destacó que ha suministrado dichas prestaciones en forma regular a la madre del menor de edad.

Respecto de la exoneración de cobros moderadores, allegó una captura de pantalla en la que destaca que no hubo ningún pago por “sustitución de tubo (sonda) de gastrostomía”³¹. En auto del 19 de febrero de 2020, se le pidió a la EPS ampliar la información sobre este punto en particular³².

Mediante comunicación del 28 de febrero de 2020, y fuera del término conferido en la providencia que decretó dicha prueba, la EPS informó los diagnósticos del menor de edad y sostuvo que el control de esfínteres se presenta, por lo regular, entre los 3 y los 4 años; “por lo tanto no es dable afirmar que el usuario con un año y seis meses de edad tenga incontinencia de esfínteres si todavía no está en edad fisiológica de hacerlo”³³. Preciso que

ha suministrado los insumos de la siguiente forma:

- * Guantes que, prescritos en una primera oportunidad el 5 de mayo, fueron autorizados el 4 de junio de 2019.

- * Guantes y tapabocas que, ordenados el 13 de noviembre, fueron entregados el 27 de diciembre de 2019.

- * Pañales Winnie etapa 4 (cantidad 720), pañitos 100 unidades con una cantidad de 6, crema Almipro de 500 gramos en cantidad de tres, crema Johnson de 400 ml. en cantidad de tres, lactosa de 270 gramos en cantidad de 16, todos transcritos el 14 de enero y autorizados el 27 de enero de 2020, con entregas sucesivas a la madre del niño.

En relación con las preguntas formuladas por la Magistrada sustanciadora acerca de los cobros moderadores, precisó que, comoquiera que Federico registra nivel I del SISBEN, se encuentra exonerado de cuotas moderadoras según lo dispuesto en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, indicó que “los servicios de salud que están exentos del cobro de copagos, están taxativamente señalados en el artículo 7 del Acuerdo 260/2004, de tal manera que PALOMA ESS. (sic.), no está facultada para exonerar de copagos a sus afiliados, ya que es una orden legal que debe cumplir so pena de incurrir en sanciones disciplinarias”³⁴. Adicionalmente, aportó un registro de los procedimientos y servicios concedidos a favor del accionante desde el momento de su nacimiento, en el año 2018.

A la Fundación Corazón³⁵ se le planteó un cuestionario específico sobre el estado de salud de Federico³⁶. Al respecto manifestó que, de conformidad con el último ingreso (el 30 de

enero de 2020), Federico presenta diagnósticos como “trastorno neuromuscular y asma mixta”³⁷, que impactan en su neurodesarrollo³⁸. Recalcó que puede ser importante que el especialista conozca estos hallazgos para resolver la pregunta de la Corte sobre la incidencia de los diagnósticos en el desarrollo del infante. Preciso que en la historia clínica no hay registros de la pertinencia de los implementos solicitados por la madre del niño y que, si bien permiten un cuidado más higiénico, no son indispensables para su salud³⁹. Reiteró que es importante que Paloma EPS coopere en la autorización de los procedimientos a favor de Federico y destacó que esa Fundación no ha comprometido sus derechos fundamentales.

De conformidad con lo dispuesto en los autos del 28 de enero y 19 de febrero de 2020, los documentos recaudados con ocasión de lo ordenado en ellos fueron puestos a disposición de las partes y personas vinculadas, las cuales guardaron silencio⁴⁰.

Finalmente, desde el pasado 7 de enero de 2020, tras la identificación del nuevo Coronavirus (Covid-19), la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII). Posteriormente, el 11 de marzo la misma organización lo catalogó como una pandemia debido a la velocidad de su propagación y a sus efectos para la salud y la vida dado que, si bien puede generar solo fiebre, escalofríos y dolor muscular, también podría desencadenar en una neumonía grave e incluso la muerte.

Esta situación puso en alerta a las autoridades sanitarias nacionales internacionales y llevó a muchos países, entre ellos, Colombia, a tomar medidas para evitar su propagación. En Colombia, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. Inicialmente, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril, que extendió en varias oportunidades hasta el 15 de julio de 2020, como lo dispuso en el Decreto 878 del 25 de junio de 2020.

En consecuencia, desde el pasado 16 de marzo, el Consejo Superior de la Judicatura profirió los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581, adoptados con ocasión de la emergencia sanitaria relacionada con la pandemia asociada al Coronavirus (COVID-19). El Acuerdo PCSJA20-11519 suspendió los términos de la revisión de tutelas en la Corte Constitucional y dispuso que “los despachos judiciales no remitirán los expedientes de acciones de tutela a la Corte Constitucional hasta tanto se levanten las medidas adoptadas”. Dicha suspensión se encuentra vigente en la actualidad en los asuntos de revisión que tramita la Corte Constitucional, según lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11581. En esa medida, los términos para resolver este asunto fueron suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 en cumplimiento de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, mediante auto 121 del 16 de abril de 2020 y conforme lo dispuesto en el Decreto 469 del 23 de marzo de 2020, la Sala Plena de esta Corporación autorizó a la Sala de Revisión para levantar dicha suspensión de términos, en asuntos concretos sometidos a su consideración.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión es competente para decidir el presente asunto.

Asunto objeto de revisión

1. Para pronunciarse sobre la acción de tutela de la referencia es importante recordar que, tal como permite establecer el expediente, el accionante tiene un año y ocho meses y acude a la tutela a través de su madre. Ha sido diagnosticado con varias patologías desde el momento de su nacimiento⁴¹, que generan un alto riesgo para su vida.

Vive con su madre y ambos están afiliados al sistema de salud a través del régimen subsidiado, caracterizados en el nivel I del SISBEN. Ella no trabaja pues, por directriz médica, debe estar al cuidado del niño de forma permanente. Pese a que el padre del menor de edad y, especialmente, sus abuelos contribuyen para su sostenimiento, la accionante manifestó que su condición clínica implica gastos que desbordan la capacidad económica de la familia.

En virtud de ello, la señora Ana, como su representante legal, promovió acción de tutela contra la EPS, con el objetivo de que esta: (i) le suministre guantes quirúrgicos, pañales, crema antipañalitis, pañitos húmedos y tapabocas; (ii) exonere al infante de pagos moderadores; y (iii) le preste atención integral. Así mismo, respecto de la Fundación Árbol y a la Fundación Corazón, pretende que esas IPS (iv) continúen con el tratamiento médico del menor de edad. Igualmente, en sede de revisión, pidió que se le suministrara (v) servicio de cuidador por 12 horas, pues debe concurrir con el niño a los distintos trámites ante la accionada, lo que genera complicaciones médicas y la necesidad de su atención de urgencias.

1. En relación con los insumos solicitados por la madre, la EPS informó que, junto con una crema hidratante, fueron autorizados el 14 de enero de 2020 por un periodo de tres meses, pese a que algunos de ellos ya habían sido suministrados en 2019 en dos oportunidades más. Sobre los aportes moderadores, aportó una captura de pantalla en la que destacó que

la parte accionante no había hecho ningún desembolso por un procedimiento particular y, al ampliar la información, precisó que el niño, como parte del nivel I del SISBEN, está exento de ellos. No obstante, afirmó que no puede exonerar a sus afiliados de este tipo de pagos. En lo que atañe al tratamiento integral, consideró que el juez de tutela no está facultado para conceder prestaciones futuras.

1. Planteada así la situación, la Sala debe evaluar si la acción de tutela es procedente en este caso, no sin antes determinar la posible configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado ante las manifestaciones de la EPS respecto del suministro de los implementos solicitados y la exoneración de los cobros moderadores.

Cuestión previa: Inexistencia de la carencia actual de objeto por hecho superado⁴²

1. La sustracción de los motivos que llevaron a la interposición de la acción de tutela elimina la vocación protectora que le es inherente respecto del caso concreto. Puede suceder que la intervención del juez, que se consideraba urgente y determinante cuando se formuló la solicitud, deje de serlo por el modo en que evolucionan los hechos, bien porque la amenaza se concrete al punto en que el daño se materializó (daño consumado), o ya porque las circunstancias que dieron lugar a la amenaza cesen y, con ellas, desaparezca el riesgo para los derechos fundamentales (hecho superado). En esos dos eventos, el funcionario judicial no tendrá materia sobre la que pueda concretar una protección y, debido a ello, cualquier orden que pueda emitir (i) caería en el vacío⁴³ y (ii) desbordaría las competencias que le fueron reconocidas por el artículo 86 superior, en consonancia con la naturaleza de esta acción constitucional.

1. Para lo que concierne a este caso puntual, cabe recordar que el hecho superado se presenta cuando entre la interposición de la acción y la emisión de la decisión cesan las circunstancias que dieron lugar a la solicitud de amparo, de modo que “la amenaza o violación del derecho no existen al momento de proferir el fallo, salvo que los hechos que

configuran una u otra persistan y sean actual y ciertamente percibidas por el juez”⁴⁴. Significa ello que el hecho superado se consolida cuando la materia de decisión se sustrae o cuando todas las pretensiones fueron satisfechas al punto en que la amenaza sobre los derechos cesó y ésta no reclama intervención judicial alguna (ultra o extra petita). Con todo, debe tenerse en cuenta que ambos supuestos pueden guardar identidad en algunas ocasiones.

La ocurrencia de un hecho superado se asocia principalmente a la desaparición de “los motivos que (...) originaron” la formulación de la acción⁴⁵. Tales motivos son concebidos desde dos puntos de vista distintos, pero complementarios. De una parte, hay un enfoque que liga las razones de la interposición de la acción a los presupuestos fácticos o situaciones de hecho⁴⁶ que llevaron al actor a percibir una amenaza para sus derechos y que, al mismo tiempo, constituyen el marco de decisión del fallador; y de otra, la motivación se entiende en función de las pretensiones hechas en el escrito de tutela⁴⁷, de modo que cuando “la pretensión instaurada en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, el instrumento constitucional -acción de tutela- pierde eficacia y por tanto, su razón de ser”⁴⁸. Sin embargo, el parámetro general para valorar la ocurrencia del hecho superado será siempre la amenaza de los derechos fundamentales, de modo que el administrador de justicia valore si persiste o cesó, según el curso de la situación particular.

1. En el asunto que se analiza en esta oportunidad, la EPS afirmó (i) haber entregado los implementos de aseo requeridos por la madre de Federico, para un lapso de tres meses contados desde el 14 de enero de 2020; y (ii) que la actora no tuvo que pagar el valor correspondiente a la cuota moderadora de uno de los procedimientos médicos que se le practicaron al niño. Para la Corte, lo primero implica que la accionada accedió parcialmente a las pretensiones de la tutelante y lo hizo días antes de la emisión de la medida provisional fijada por esta Sala de Revisión el 28 de enero de 2020, por lo que, desde el punto de vista de la pretensión, podría asumirse que probablemente se configuraría un hecho superado.

Debe destacarse que la accionada, por sí misma y antes de actuación alguna de esta Corporación, accedió a la entrega de los insumos deprecados por la madre del niño. Si su actuación, por el contrario, hubiere obedecido al cumplimiento de la medida provisional decretada por esta Sala de Revisión, no podría enmarcarse en tal figura.

1. No ocurre lo mismo con la exoneración de cobros moderadores, pues si bien la accionada afirmó que el accionante está registrado en el nivel I del SISBEN y que ello conlleva a que no pague ningún valor moderador, precisó inmediatamente que la EPS no puede exonerar de tales pagos a sus afiliados. Se trata de dos afirmaciones contradictorias a la pregunta hecha en el trámite de revisión sobre si la exoneración de pagos moderadores en favor de Federico está vigente.

Por lo tanto, esta Sala de Revisión no puede entender, bajo el grado de certeza, que dicha exoneración opere y tenga plena vigencia práctica en el caso que se estudia, por lo que no puede asumir que esa pretensión está satisfecha y, menos aún, dictaminar un hecho superado con arreglo a ella.

1. La Sala de Revisión se encuentra ante la satisfacción parcial de las pretensiones de la acción de tutela. Sin embargo, como quedó expuesto, el hecho superado sugiere una mirada global sobre la garantía del derecho fundamental presuntamente comprometido y, solo cuando encuentre que no existe amenaza alguna sobre aquel, procede la declaratoria de carencia de objeto.

La mirada global sobre los derechos a la salud y la dignidad humana del infante invocados en este asunto sugiere que, a pesar de que actualmente dispone de los insumos solicitados por su progenitora, el riesgo sobre sus garantías constitucionales no se ha extinguido completamente, pues la falta de exoneración de copagos y la eventual exposición del niño a agentes contaminantes al asistir con su madre a las dependencias de la EPS accionada para

tramitar los servicios en salud que requiere, impiden que se asuma la existencia de un hecho superado, el cual no puede ser parcial⁴⁹. En este caso, la satisfacción de una de las pretensiones no se traduce en la supresión de los motivos que llevaron a formular la acción de tutela y, en esa medida, la Sala continuará con el análisis correspondiente.

La procedencia general de la tutela⁵⁰

Legitimación por activa

1. Los artículos 86 superior y 10° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación sostienen que todas las personas que consideren que sus derechos fundamentales son amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad o incluso, en ciertas circunstancias, de un particular, están habilitadas para solicitar el amparo constitucional. Solo los titulares de las garantías ius fundamentales comprometidas están legitimados por activa para reclamar la protección del juez de tutela.

Conforme al desarrollo jurisprudencial, aquellos podrán acudir al amparo de dos formas: una directa y otra indirecta. En forma directa lo hacen al promover la acción en nombre propio; en forma indirecta, cuando la formulan a través de (i) representante legal (p.ej. los menores de edad y las personas que bajo la legislación anterior tenían declaración judicial de interdicción⁵¹), (ii) apoderado judicial, (iii) agente oficioso o (iv) del Ministerio Público.

1. En el asunto que se analiza, Federico acudió a la acción de la referencia para proteger sus derechos fundamentales, a través de su madre como representante legal⁵². De tal suerte, el requisito de la legitimación por activa está satisfecho.

Legitimación por pasiva⁵³

1. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción para responder eventualmente por la vulneración o amenaza del derecho fundamental⁵⁴. Para esta Corte, “refleja la calidad subjetiva de la parte demandada en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”⁵⁵.

Según los artículos 86 de la Constitución, y 1°⁵⁶, 5°⁵⁷ y 42 del Decreto 2591 de 1991, dicha aptitud solo puede predicarse de los particulares en las condiciones previstas por la ley y la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, cuando (i) tengan a su cargo la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) el solicitante se encuentre en una relación de subordinación o indefensión, respecto de ellos⁵⁸, y (iv) específicamente cuando prestan el servicio de salud⁵⁹.

1. En el caso objeto de estudio se advierte que la acción de tutela fue interpuesta contra la EPS Paloma y dos IPS vinculadas, particulares que prestan el servicio público en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Federico está afiliado a la primera, a través del régimen subsidiado de atención y las dos últimas son IPS a las que ha acudido para ser atendido, por lo que están legitimadas por pasiva.

Además, en calidad de vinculadas, se convocó a dos autoridades del sector salud del orden departamental y municipal: las Secretarías de Salud de Azul y Verde, como consecuencia de la presunta relación que tenían con los hechos, las pretensiones y el objeto del amparo.

En consecuencia, la Sala Sexta de Revisión encuentra que todas las entidades demandadas y vinculadas tienen legitimación por pasiva en este asunto, lo que no significa que, desde el punto de vista del análisis de fondo, pueda atribuírseles necesariamente la responsabilidad en el presunto compromiso de los derechos fundamentales del niño accionante.

Ahora bien, ante el juez de instancia la EPS accionada solicitó vincular al Ministerio de Salud y la Protección Social a este trámite constitucional. Pese a que la autoridad judicial no se pronunció al respecto, la Sala debe aclarar que no era viable convocar a esta entidad, en la medida en que no se le atribuyó ninguna acción u omisión de la cual pudiera derivarse el compromiso de los derechos fundamentales del actor, por lo que es evidente que no tiene participación en las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas.

1. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque no tiene término de caducidad⁶¹. No obstante, la Corte también ha sido consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales⁶².

El requisito de inmediatez pretende que exista “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho (...) vulnerador”⁶³, de manera que se preserve la naturaleza del amparo, concebido como un remedio urgente que pretende la protección efectiva y actual de los derechos invocados⁶⁴.

1. Al respecto debe recordarse que el menor de edad está en tratamiento médico para las enfermedades que le han sido diagnosticadas, hasta el punto de que, para el momento de interposición de la acción, estaba hospitalizado. Para la Sala esta acción de tutela se

interpuso en un término razonable y la presunta vulneración tiene vocación de actualidad. De esta suerte, la acción cumple con el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad⁶⁵

1. El artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991 establecen expresamente que el amparo solo procede cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”⁶⁶. En efecto, su procedencia está condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que esta acción no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa⁶⁷, tampoco a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa⁶⁸, ni a las autoridades administrativas que tengan competencias jurisdiccionales⁶⁹. El juez de tutela no puede sustituirles en el conocimiento de un asunto, a menos que los mecanismos mencionados no sean efectivos para la protección o que, incluso cuando existan, haya un perjuicio irremediable⁷⁰.

1. Entre las autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales en materia de salud está la Superintendencia Nacional de Salud. El Legislador previó un trámite preferente y sumario ante esa entidad, regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007⁷¹, recientemente modificado por la Ley 1949 de 2019.

El procedimiento consagrado en dicha norma, en su versión original, fue objeto de pronunciamiento por parte de varias Salas de Revisión⁷², en el sentido de que, de conformidad con los hallazgos de la audiencia de seguimiento celebrada el 16 de diciembre de 2018, no era idóneo porque tenía un término de decisión que, dada la precariedad institucional de esa entidad a nivel nacional, generó un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias⁷³. Esta Corporación destacó que “mientras persist[ieran] dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio

idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud” 74.

1. Tras esos hallazgos, pese a la expedición y vigencia de la Ley 1949 de 2019, aún no se cuenta con información que permita concluir de forma objetiva que la situación varió y fue superada⁷⁵. Por ende, pese a la existencia del trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, dadas las limitaciones operativas de esta, la acción de tutela es el medio eficaz para proteger el derecho a la salud y el requisito de subsidiariedad resulta satisfecho.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que, en cualquier caso, Federico es sujeto de especial protección constitucional, debido a su edad, a sus diagnósticos y a sus condiciones socioeconómicas, por lo que la intervención del juez constitucional es urgente y necesaria para resguardar sus derechos fundamentales.

1. Vistas las consideraciones hechas hasta este punto y dada la satisfacción de cada uno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, la Sala pasará a considerar el fondo del asunto, no sin antes formular el problema jurídico correspondiente.

Formulación del problema jurídico

1. Descartada la configuración de un hecho superado en este asunto y dada la procedencia de la acción de tutela, sobre el fondo del asunto en cuestión, la Sala Sexta de Revisión ha de establecer si ¿la EPS accionada vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de Federico, al no exonerarlo de cuotas moderadoras, no adjudicar un cuidador para él y no ofrecerle un tratamiento integral?

1. Con el fin de abordar estas cuestiones, se recordarán las reglas sobre (i) el derecho a la salud de los niños y niñas; (ii) la exoneración de pagos moderadores para personas del nivel I del SISBEN y (iii) el tratamiento integral, para luego abordar el asunto concreto. En esta instancia, de manera sucinta verificará si es procedente el servicio de cuidador para Federico.

El derecho fundamental a la salud de los niños y niñas⁷⁶

1. El derecho a la salud es una garantía ius fundamental de la que goza toda la población⁷⁷. En virtud de él, cada individuo debe disfrutar de las mismas oportunidades (entendidas como facilidades, bienes, servicios y condiciones) para alcanzar el “más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”⁷⁸, bajo el entendido de que la aquella es “un estado de completo bienestar físico, mental^[79] y social”⁸⁰. No se trata de un derecho a estar “sano”⁸¹ o desprovisto de enfermedades. Implica la posibilidad de incrementar los niveles de salud propios, tanto como sea factible, de conformidad con las viabilidades materiales estatales y científicas, en armonía con la libertad de la persona, sus condiciones biológicas y su estilo de vida.

Para concretar ese derecho el sistema de seguridad social en salud se dispone como un entramado de instituciones y agentes que actúan, entre otros, orientados por el principio de solidaridad para lograr eliminar las barreras de acceso a los servicios, con especial atención en la población vulnerable. Entre las personas que precisan una atención prioritaria por parte del Estado se encuentran los niños y las niñas.

1. El artículo 44 superior señala que entre los derechos fundamentales de los infantes está el de la salud. Su materialización, como también la de sus demás garantías constitucionales, es deber de la familia, la sociedad y del Estado y tiene un objetivo específico: lograr “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”⁸², como expresión de

“un derecho subjetivo fundamental a recibir protección”⁸³ por parte de aquellas tres instituciones.

Según esa misma norma, las garantías previstas por el Constituyente a favor de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de los demás y, tanto las decisiones como las actuaciones que los afecten deben orientarse por su interés superior. Ellos son sujetos de especial protección constitucional en razón de su edad, lo que implica que en el sistema de seguridad social en salud merezcan “trato preferente y prevalente en el acceso [eficaz y oportuno] a las prestaciones”⁸⁴ que clínicamente requieran.

La exoneración de pagos moderadores en el sistema de seguridad social en salud para personas en el nivel I del SISBEN

1. Para este Tribunal, es claro que los pagos moderadores cumplen un papel fundamental porque racionalizan el acceso a los servicios en salud. A través de ellos, cada vez que se prescriba un procedimiento, un insumo o un medicamento, el usuario debe hacer un aporte, de acuerdo con su capacidad económica, por virtud del principio de equidad. Su establecimiento hace sostenible el sistema, entre otras razones, porque con esas contribuciones lo solidifica financieramente y, al mismo tiempo, evita “desgastes innecesarios en la prestación del servicio”⁸⁶.

A pesar de su funcionalidad e importancia, estos cobros no pueden impedir el acceso a los servicios médicos y es preciso tener en cuenta que “su exigencia puede tornarse gravosa cuando [los usuarios] no cuentan con el dinero para pagarlos y, por lo mismo, recibir el tratamiento, procedimiento o servicio requerido para el manejo de su enfermedad”⁸⁷.

1. Los copagos y las cuotas moderadoras⁸⁸, hacen parte de los “pagos moderadores” en el sistema y están consagrados en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, con el objetivo de racionalizar el acceso a los servicios médicos que ofrece el sistema. El Legislador estableció en el segundo inciso de dicha norma que “[e]n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. En consecuencia, la Ley 1122 de 2007 en el literal g) de su artículo 14, dispuso que “g) [n]o habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace”, y con ello configuró la clasificación en esta categoría socioeconómica como uno de los hechos capaces de eximir de los cobros de racionalización del sistema de salud a una persona, en razón de su estado de vulnerabilidad.

1. En consecuencia, el sistema abarca pagos moderadores, como regla general, pero ha dispuesto una serie de excepciones, entre las cuales se encuentra que el afiliado sea una persona perteneciente al régimen subsidiado, en el nivel I del SISBEN, caso en el cual no le es exigible el pago de estos costos.

El principio de integralidad del servicio de salud y las órdenes de tratamiento integral⁸⁹

1. Entre los principios que rigen la atención en salud, se encuentra el de integralidad, el cual se refiere a la necesidad de que los agentes del sistema encargados de la prestación de sus servicios, los autoricen, practiquen y entreguen en su debida oportunidad. Sobre este último aspecto, la diligencia no puede ser establecida en forma genérica, sino que debe verificarse de conformidad con lo que el médico estime pertinente para atender el diagnóstico del paciente⁹⁰. Este principio no puede entenderse como un mandato abstracto, sino como un imperativo que se traduce en obligaciones concretas para los prestadores de salud, verificables por parte del juez de tutela, cuyas órdenes de atención o tratamiento integral “se

encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, (...) se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante”⁹¹.

1. Así las cosas, conforme lo precisó la Sentencia T-081 de 2019⁹², la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como: (i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

Lo anterior implica que cualquier orden de tratamiento integral debe estar orientada a garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que puedan presentar los pacientes diagnosticados por el respectivo médico tratante, conforme con las recomendaciones, procedimientos e insumos prescritos por aquel. Así, opera solo cuando el prestador haya desconocido el principio de integralidad, en los términos anteriormente señalados.

Solución al caso concreto: la EPS compromete los derechos a la salud y a la vida digna del accionante, al no haber hecho operativa la exoneración legal de pagos moderadores de la que es beneficiario. Sin embargo, ha suministrado los servicios prescritos, por lo que la orden de tratamiento integral no es procedente.

1. La madre de Federico solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna. Para restablecer su ejercicio, además de la entrega de insumos para el cuidado del niño -que ya se materializó como quedó establecido con anterioridad-, le reclamó al juez de tutela (i) la exoneración de pagos moderadores; (ii) la continuidad en la prestación de

servicios y (iii) la adjudicación de un cuidador por 12 horas. A continuación, la Sala se pronunciará en relación con cada una de esas solicitudes.

1. En este asunto es claro que Federico, al estar en el nivel I del SISBEN, tiene a su favor una exoneración de pagos moderadores fijada por el Legislador, que estableció que “[n]o habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados”⁹³ en dicha clasificación socioeconómica.

El reclamo de la señora Ana alertó a esta Corporación sobre el posible incumplimiento de dicha disposición normativa. Por lo tanto, se le ofició a la EPS con el objetivo de que precisara si Federico estaba exonerado o no, de este tipo de aportes. Al respecto, Paloma EPS señaló la existencia de dicha norma, pero al mismo tiempo afirmó que le era imposible dejar de hacer el cobro correspondiente a sus afiliados.

En esas condiciones, la información no revelaba en forma inequívoca que el niño y su madre no fueran obligados al pago de dichas recaudaciones. Entonces, pese a la existencia de la regla de operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud conforme a la cual no hay lugar a efectuar cobros moderadores en el sector social más vulnerable de la sociedad, estos vendrían haciéndose en el tratamiento de Federico, al margen de dicha previsión y en desconocimiento material del principio de igualdad.

1. Ahora bien, el incumplimiento de lo normado en materia de cuotas moderadoras y copagos no solo implica el desconocimiento de una ley, sino que, en este caso particular y dadas las especificidades del núcleo familiar del actor, redundaría en el incremento de los obstáculos para alcanzar el mayor nivel de salud posible.

El accionante y su familia se encuentran en una condición económica que hace imposible atender los gastos mínimos que requiere su tratamiento. Federico vive con su madre en una vivienda estrato uno. Sus múltiples padecimientos generan costos adicionales para la familia y pese a los esfuerzos de los padres del niño y de sus abuelos, los costos de vida desbordan al grupo y se han convertido en una barrera para el ejercicio del derecho a la salud y a la vida digna del menor de edad. Incluso, la señora Ana informó que, en ocasiones, por falta de dinero debe reducir la cantidad de alimento que le suministra a su hijo, con el compromiso de su salud y desarrollo.

La progenitora del actor sostiene que ella, adicionalmente, fue víctima de desplazamiento forzado y no puede trabajar dado que los diversos diagnósticos de Federico implican que deba estar atenta, de manera permanente, a cualquier signo de alarma, para acudir a los servicios de urgencias.

1. Así, el incumplimiento de la norma que releva de pagos moderadores a Federico comprometió sus derechos a la salud y a la vida digna. Sin tener el deber de efectuar los pagos de los servicios médicos que le eran prestados, su familia, pese a la precaria condición socioeconómica en la que se encuentra, se vio obligada a hacerlos y a dejar de asumir otros gastos básicos para su bienestar, como lo es la alimentación.

Cabe aclarar que, si bien algunos familiares del niño contribuyen para su sostenimiento y que, de esta manera, tiene recursos para cubrir algunas de sus necesidades, la accionante precisó que los mismos resultan insuficientes para cubrir los costos de su manutención y tratamiento. Sus afirmaciones en ese sentido no fueron controvertidas por la accionada y, por el contrario, quedan afianzadas con la clasificación del ella y su hijo en el nivel I del SISBEN.

De tal suerte, la Sala concederá el amparo constitucional y le ordenará a la EPS accionada que haga operativa la exoneración legal del pago de dichos valores, para restablecer los derechos fundamentales del accionante. La medida se extenderá por el tiempo en que el actor conserve la misma clasificación en el SISBEN. Es preciso resaltar que esta decisión no obedece a la aplicación de las subreglas sobre la exoneración de cuotas moderadoras y copagos establecidas jurisprudencialmente, sino a la aplicación del literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Sobre la continuidad y la integralidad en la prestación de los servicios

1. Ahora bien, la madre del menor de edad solicitó la integralidad de su tratamiento y la continuidad de los servicios prestados por la Fundación Árbol y la Fundación Corazón. Lo cierto, es que tanto la EPS como las IPS vinculadas a este trámite constitucional han cumplido con los deberes de oportunidad y continuidad en la atención de Federico.

Al respecto debe observarse que no existe orden médica pendiente de autorización o ejecución por parte de la prestadora de salud y que la entidad accionada, incluso ante la decisión de no conceder el amparo por parte del juez de primera instancia, procedió a otorgar los implementos de aseo deprecados por la señora Ana, aun antes de que esta Corporación emitiera la medida provisional del 28 de enero de 2020. Incluso, aunque la Fundación Árbol no hace parte de la red de prestadores de la EPS accionada, ha atendido al niño, al igual que lo ha hecho la Fundación Corazón.

Todos estos agentes del sistema de seguridad social han respondido a las particularidades de la condición clínica de Federico, por lo que no puede concluirse un actuar dilatorio que comprometa su derecho a la salud y, en consecuencia, no es viable el reconocimiento de un tratamiento integral. No obstante, dada la condición de salud de Federico, es importante resaltar el deber de la EPS accionada de mantener, en virtud del principio de continuidad del

servicio de salud, la atención requerida por él, en los términos que prescriba su médico tratante.

Sobre la solicitud de cuidador

1. Finalmente, cabe recordar que Ana en su respuesta del 24 de febrero de 2020, cuando el proceso ya se encontraba en esta Corporación para su decisión, reclamó el servicio de cuidador para su hijo. La comunicación remitida por la mamá del menor de edad fue puesta a disposición de su contraparte a través de la Secretaría General de esta Corporación. Tanto la EPS accionada como las entidades vinculadas tuvieron la oportunidad procesal para oponerse y pronunciarse sobre la misma, pero no lo hicieron.

Así, a pesar de que la pretensión no fue objeto de debate en instancia, sí fue conocida por la EPS⁹⁴ durante el trámite de revisión. A esta entidad se le garantizó el derecho de defensa y contradicción, pero en la oportunidad que tuvo para mostrar un posible desacuerdo no lo hizo, con lo que la Sala entiende que se trata de una pretensión sin conflicto para las partes.

Sobre este mismo asunto, no está de más recordar que, sin perjuicio de las garantías asociadas al debido proceso de los interesados en el trámite de tutela, el juez tiene amplias atribuciones⁹⁵ para lograr la protección efectiva de los bienes ius fundamentales comprometidos. En este caso, en el que un niño de escasa edad ha visto mermado su derecho a la salud y se encuentra en condiciones socioeconómicas que dificultan su proceso clínico, la Sala no puede perder de vista que la petición de cuidador puede apoyar el restablecimiento del derecho a la salud del niño y ser un medio para la materialización del mismo, de modo que abordará esta solicitud.

1. La pretensión de la madre de Federico tiene por objetivo evitar el traslado del niño a los diversos trámites administrativos que debe realizar en las dependencias de la accionada, para tener acceso a todas las prestaciones asociadas a su tratamiento. A su juicio, hacerlo lo pone en riesgo de contacto con agentes dañinos que han influido negativamente en su condición clínica, hasta el punto de ser hospitalizado.

1. La jurisprudencia constitucional ha avalado el servicio de cuidador, como una prestación de atención domiciliaria⁹⁶ distinto al de enfermería⁹⁷, que no está incluido en el plan de beneficios en salud por incumbir, en primer lugar, a la familia. Corresponde a esta última porque “comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma”⁹⁸ sin necesidad de conocimientos médico-científicos. En esa medida solo puede ser prestado por el sistema de seguridad social en salud cuando el núcleo familiar esté en imposibilidad material para prestar ese acompañamiento. Tal imposibilidad se configura si este:

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

1. De las pruebas recaudadas en el trámite de revisión, la Sala de Revisión observa que el núcleo familiar del actor lo componen él y su madre. Este recibe un apoyo económico externo, que según afirma la accionante resulta insuficiente para atender sus necesidades, por lo que su condición económica es precaria. Así las cosas, se cumple el tercero de los requisitos para otorgar el servicio de cuidador.

1. Sin embargo, los demás requisitos no se encuentran satisfechos. Obsérvese que la madre del niño reclama el servicio de atención domiciliaria con fundamento en que debe desplazarse a tramitar los procedimientos prescritos como parte del tratamiento de Federico y con el objetivo de no dejarlo solo y no trasladarlo a estos sitios, para no exponerlo a factores que han desencadenado complicaciones en su condición de salud.

La señora Ana no lo requiere con el objetivo de suplir una incapacidad propia para cuidar a Federico, como tampoco para proveer al núcleo familiar de los recursos económicos básicos. Es más, el motivo que la lleva a hacer dicha solicitud es, la tramitación administrativa de los servicios de salud, la cual tiene ocurrencia esporádica, de modo que conceder el amparo por un lapso de 12 horas como lo pide, resulta desproporcionado.

1. Independientemente de lo anterior, es claro que para el niño y su madre trasladarse a las dependencias de la EPS accionada para efectuar los trámites requeridos en su tratamiento supone una carga cierta.

Esta Sala de Revisión encuentra que, para conjurar la amenaza que ello supone para la salud del niño, es innecesario reconocer el servicio de cuidador. Para ese efecto, es suficiente con que la EPS adelante las gestiones que aseguren que dichos trámites se efectúen sin necesidad de que la señora Ana y su hijo comparezcan a los lugares dispuestos para efectuar trámites administrativos, ello a través de los distintos medios de comunicación de los que puedan disponer tanto la parte accionada como la accionante.

Entonces, se ordenará a la accionada que concerte con la madre del niño los mecanismos a través de los cuales pueden efectuarse los trámites administrativos que acarrea el tratamiento de Federico, para que ninguno de ellos deba asistir en forma presencial a

adelantarlos, de modo que la señora Ana pueda permanecer al cuidado del niño, como hasta el momento lo ha hecho. Se facultará entonces a la EPS a que ejerza los controles sobre los procedimientos autorizados y los insumos entregados sin la comparecencia personal de la señora Ana. Además, con el objetivo de que exista claridad sobre los pactos a los que haya lugar, se dispondrá que la misma EPS envíe un informe de lo acordado, con destino al juez de primera instancia, para lo de su competencia.

1. Ahora bien, la emisión de las órdenes tendientes a idear otros escenarios para la tramitación de los servicios médicos prescritos a favor de Federico, si bien le otorga un trato preferente en virtud de las condiciones de salud y socioeconómicas por las que atraviesa, no puede suponer su priorización permanente y genérica en relación con otras personas que, en condiciones semejantes a las suyas, requieran medidas equivalentes para acceder a los servicios de salud prestados por Paloma EPS. Ello desconocería el principio a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, al otorgar un trato diferente a realidades similares.

La Sala se enfrenta a una situación en la que el paciente está en la primera infancia, su condición clínica implica el acompañamiento permanente de la madre, quien ha asumido su cuidado en forma exclusiva, al punto en que ella no trabaja para brindarle el acompañamiento que requiere. Su salud se ha visto deteriorada por varias patologías, entre las cuales están infecciones respiratorias agudas y asma; la progenitora destacó que no puede dejar solo al niño, pero llevarlo a las dependencias de la EPS constituye un riesgo de exposición a agentes infecciosos que han supuesto una disminución de su nivel de salud.

Así, cada vez que se prescribe un procedimiento a favor de Federico la señora Ana debe frecuentar las instalaciones de la EPS para diligenciar administrativamente las autorizaciones y programaciones del caso, como en general lo hace el resto de los afiliados. Sin embargo, ella necesariamente lo hace junto con su hijo. Con el ánimo de seguir las indicaciones médicas para el tratamiento de las enfermedades del niño, este resulta expuesto al ser trasladado con fines administrativos y, en las circunstancias de su núcleo familiar, ello no podría ser de otro modo.

Ante esta situación, el procedimiento administrativo de rigor al que deben someterse todos los usuarios del sistema de salud para acceder a los servicios se convierte en una carga desproporcionada para Federico y tiene implicaciones adversas sobre su estado clínico. El procedimiento administrativo genérico creó una barrera de acceso implícita para el actor, que no deviene de su diseño, sino de la concreción diferenciada del mismo a realidades diferentes, sin tener presentes las particularidades de casos como el que ahora se analiza.

Los agentes ligados a la prestación del servicio de salud deben armonizar las diferencias que surjan entre sus usuarios, al punto en que la institucionalidad que representan los cobije, los proteja y los convoque en su totalidad. Para ello es necesario entender el principio de igualdad, ya no desde el plano formal, sino desde el material y superar la idea de que para generalizar los derechos es suficiente dar un trato idéntico a todas las personas⁹⁹. Es imperioso buscar la materialización del derecho a la salud de cada uno de los pacientes y remover los obstáculos de acceso que se desprendan de sus situaciones particulares, con el objetivo de suministrar el servicio con carácter universal.

Desde ese punto de vista, bajo la perspectiva de la dimensión objetiva del derecho a la salud, lo que la Sala Sexta de Revisión advierte una barrera institucional de acceso a los servicios, por la aplicación genérica de los procedimientos administrativos al interior de la entidad promotora de salud, sin prever mecanismos diferenciales que permitan concretar dicha garantía para todos los usuarios, carentes de cargas excesivas.

En esa medida, la EPS deberá diseñar y hacer operativos mecanismos para extender a madres o padres que se encuentren en condiciones análogas a las de la señora Ana, la medida y poner a su disposición otros canales preferentes de atención que les permitan, desde su hogar, obtener autorizaciones y realizar demás trámites administrativos para materializar el derecho a la salud de sus hijos, cuando su condición de salud lo amerite. Se le

ordenará que adopte medidas internas de tipo general para crear un protocolo de atención virtual o de tramitación de procedimientos en salud a distancia, para madres o padres cuando: (i) tengan de manera exclusiva el cuidado de su hijo; (ii) su núcleo familiar esté compuesto por él o ella y su hijo(a), o no haya dentro del mismo alguien más con capacidad para su cuidado; (iii) este último haya sido diagnosticado(a) con múltiples patologías; (iv) y esté sometido(a) a tratamientos permanentes y continuos; con el propósito de que no deban salir con él(ella) a tramitar los distintos procedimientos de salud que requieren, (v) siempre que hacerlo represente un riesgo para la salud y la integridad del menor de edad.

Conclusiones y órdenes por proferir

1. En este asunto concreto la Sala encuentra que, a pesar de las alegaciones de la accionada al contestar la demanda, la amenaza sobre los derechos a la salud y a la vida digna de Federico continua vigente. La entrega de guantes quirúrgicos, pañales, crema antipañalitis, pañitos húmedos y tapabocas para el tratamiento del menor de edad habría satisfecho una de las pretensiones de la acción de tutela, sin que pueda dar lugar a un hecho superado y a la carencia actual de objeto. Al respecto se precisó que esa conducta de la EPS no extingue por sí misma el riesgo sobre las garantías constitucionales del niño, de modo que el cumplimiento parcial de lo pretendido no agota esta acción de tutela.

Luego, al estudiar la procedencia de la acción de tutela, encontró satisfechos todos los requisitos y, con ocasión de ello, analizó el fondo del asunto. Para hacerlo, expuso las reglas en torno a la exoneración de pagos moderadores y la integralidad de los tratamientos.

1. Verificado lo anterior, en el caso concreto, se pronunció sobre la exoneración de pagos moderadores, la continuidad y la integralidad en la prestación de los servicios y la solicitud de cuidador. En relación con lo primero, advierte que el cobro de servicios clínicos al actor desconoce lo dispuesto por el Legislador y pone en riesgo la salud y la vida digna del niño,

por lo que concederá el amparo, con el fin de ordenar la operatividad de la exoneración de los mismos. Sobre lo segundo, encuentra que tanto la EPS como las IPS vinculadas han suministrado los servicios prescritos por el médico tratante, en su debida oportunidad, por lo que no es viable emitir una orden de prestación integral del servicio de salud, de conformidad con la jurisprudencia al respecto. Con todo, se le recordó a la EPS accionada que debe continuar con el suministro de las prestaciones médicas correspondientes, conforme lo estipule el médico tratante.

Al abordar la solicitud que hiciere la madre del niño en sede de revisión sobre el servicio domiciliario de cuidador, la Sala precisa que, si bien eso no fue analizado en instancia, la petición se puso a disposición de las partes e intervinientes en el trámite de revisión, y aquellas guardaron silencio al respecto.

Sobre el particular se dedujo que, según las reglas jurisprudenciales, no es procedente otorgar el cuidador para Federico. Sin embargo, el objetivo de la medida es impedir que, habida cuenta los riesgos de salud que ello contrae, el niño deba salir junto con su madre a gestionar los procedimientos médicos que requiere, por lo que se ordenará a la EPS que efectúe lo pertinente en su interior, con las anotaciones del caso en sus bases de datos, para que la señora Ana no deba desplazarse y pueda efectuar los trámites correspondientes sin acudir a sus dependencias. Para ello, se le pedirá concertar con la madre del niño los mecanismos para desarrollar tales trámites e informarlos al juez de primera instancia y se facultará a la EPS a que ejerza control sobre los procedimientos autorizados e insumos suministrados sin la comparecencia personal de la representante legal.

1. Ahora bien, con ocasión de esta situación en la que el procedimiento administrativo general para lograr a los servicios médicos prescritos generó barreras implícitas que impiden el acceso universal, se ordenará a la EPS que adopte medidas internas de tipo general para crear un protocolo de atención virtual o de tramitación de procedimientos en salud a distancia, para madres o padres cuando: (i) tengan de manera exclusiva el cuidado de su

hijo; (ii) su núcleo familiar esté compuesto por él o ella y su hijo(a), o no haya dentro del mismo alguien más con capacidad para su cuidado; (iii) este último haya sido diagnosticado(a) con múltiples patologías; (iv) y esté sometido(a) a tratamientos permanentes y continuos; con el propósito de que no deban salir con él(ella) a tramitar los distintos procedimientos de salud que requieren, (v) siempre que hacerlo represente un riesgo para la salud y la integridad física del menor de edad.

Cuestión final. Levantamiento de la suspensión de términos

1. Finalmente, aunque los términos para resolver este asunto se encuentran suspendidos, por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, en atención a la grave situación de sanidad pública que atraviesa el país con ocasión de la pandemia Covid-10, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de las competencias otorgadas por el Decreto 469 del 23 de marzo de 2020, mediante Auto 121 del 16 de abril de 2020 autorizó a las distintas Salas de Revisión para levantar dicha suspensión, con fundamento en:

“(i) la urgencia en adoptar una decisión de fondo o una medida provisional dirigida a la protección de los derechos fundamentales; (ii) la importancia nacional que revista el caso; y (iii) la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas.”

En este caso específico el niño accionante, junto con su madre, se encuentra en la necesidad de acudir a las dependencias de la EPS para solicitar las autorizaciones que precisa su tratamiento. Actualmente, en vigencia del aislamiento preventivo en todo el territorio nacional, hacerlo representa un riesgo adicional para ellos, en la medida en que no solo se exponen a los agentes contaminantes que antes de la pandemia le habían hecho daño al

menor de edad, sino que, por virtud de las afecciones respiratorias del niño, ambos se arriesgan a que él contraiga el Coronavirus (COVID-19) de modo que es urgente la emisión de esta decisión.

Así las cosas, se levantará la suspensión de términos en este expediente, para emitir este fallo.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

1. LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS decretada en el expediente de la referencia, conforme la autorización emitida por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 121 del 16 de abril de 2020.

1. REVOCAR el fallo proferido el 7 de octubre de 2019, por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Azul, en el que negó el amparo. En su lugar CONCEDER la protección a los derechos a la salud y a la vida digna del niño, por las razones expuestas en esta providencia.

1. ORDENAR a Paloma EPS, a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice las gestiones administrativas necesarias para asegurar la operatividad de la exoneración de pagos moderadores en el tratamiento de Federico y que, de conformidad con el literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, mantenga dicha exención mientras se encuentre clasificado en el nivel I del SISBEN.

1. ORDENAR a Paloma EPS, a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, concerte con la madre de Federico los mecanismos para llevar a cabo, a distancia, los trámites administrativos necesarios para desarrollar el tratamiento del niño. Deberá efectuar los registros a los que haya lugar en su base de datos, para que dichos mecanismos sean efectivos en sus dependencias y en las IPS que componen su red de atención. Se faculta a la EPS a ejercer control sobre los procedimientos autorizados e insumos entregados a la parte accionante.

Adicionalmente, en el término de setenta y dos (72) horas siguientes al vencimiento del plazo anterior, elaborará un informe con destino al juez de primera instancia, en el que precise los términos de la concertación y el mecanismo elegido para efectuar los trámites correspondientes.

1. ORDENAR a Paloma EPS, a través de su representante legal, que en el término de dos (2)

meses siguientes a la notificación de esta sentencia, cree un protocolo de atención virtual o de tramitación de procedimientos en salud a distancia, para madres o padres cuando: (i) tengan de manera exclusiva el cuidado de su hijo; (ii) su núcleo familiar esté compuesto por él o ella y su hijo(a), o no haya dentro del mismo alguien más con capacidad para su cuidado; (iii) este último haya sido diagnosticado(a) con múltiples patologías; (iv) y esté sometido(a) a tratamientos permanentes y continuos; con el propósito de que no deban salir con él(ella) a tramitar los distintos procedimientos de salud que requieren, (v) siempre que hacerlo represente un riesgo para la salud y la integridad física del menor de edad.

1. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores de edad implicados en procesos de tutela y los de sus familiares ha sido adoptada en las sentencias T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-510 de 2003, T-544 de 2017 y T-447 de 2019, entre otras.

2 La representante legal de Federico manifestó en el escrito de tutela que el proceso de gestación del niño fue totalmente normal, pero que el día del parto hubo negligencia médica que generó los diagnósticos sobrevivientes (Cuaderno 1. Folio 1).

3 Cuaderno 1. Folio 22. Registro Civil de Nacimiento.

4 Enfermedad por reflujo gastroesofágico.

5 Cuaderno 1. Folio 1. Así lo relató la madre del menor de edad en el escrito de tutela, pero a estos diagnósticos se le suman otros que aparecen mencionados en la historia clínica del niño: Ictericia Neonatal, Hipoglicemia Neonatal, hipotermia del recién nacido, convulsiones del recién nacido, encefalopatía hipóxico-isquémica del recién nacido, problemas de alimentación del recién nacido, defecto del tabique auricular y testículo no descendido, bilateral.

6 Cuaderno 1. Folio 10 vto. Historia Clínica aportada por la madre del menor de edad.

7 Cuaderno 1. Folio 4. En Colombia, “Las enfermedades huérfanas son aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, comprenden, las enfermedades raras, las ultrahuérfanas y olvidadas. Las enfermedades olvidadas son propias de los países en desarrollo y afectan ordinariamente a la población más pobre y no cuentan con tratamientos eficaces o adecuados y accesibles a la población afectada.” (Ley 1392 de 2010, artículo 2 con la modificación introducida por el artículo 140 de la Ley 1438 de 2011).

8 No obstante, no se suministró más información al respecto.

9 Cuaderno 1. Folio 10

10 Cuaderno 1. Folio 3.

11 Así lo aseguró la accionante (Cuaderno 1. Folio 1).

12 Cuaderno 1. Folio 35 vto.

13 Cuaderno 1. Folio 35 vto. Esta expresión se refiere a programas de cuidado domiciliario.

14 Cuaderno 1. Folio 36.

15 Cuaderno 1. Folio 37.

16 Cuaderno 1. Folio 39.

17 Ibídem.

18 Cuaderno 1. Folio 46.

19 Cuaderno 1. Folio 48 vto.

21 Cuaderno 1. Folio 57 vto.

22 La accionante guardó silencio en relación con la solicitud de pruebas contenida en el auto del 28 de enero de 2020, por lo que fue requerida para acatarla mediante auto del 19 de febrero de 2020. En respuesta a esta providencia, remitió una comunicación el 24 de febrero de 2020, a través de correo electrónico, que obra a folio 107 del Cuaderno de Revisión.

23 Auto del 28 de enero de 2020. “Sobre el estado de salud actual de Federico // a) ¿En la actualidad el niño continúa hospitalizado? // b) ¿Cuáles son los diagnósticos actuales del menor de edad? // c) ¿Qué procedimientos, análisis o insumos ha dejado de recibir Federico por la falta de recursos económicos de la familia? // d) Como quiera que en su escrito de tutela usted hizo algunas consideraciones en relación con enfermedades huérfanas ¿hay alguna enfermedad huérfana que haya sido diagnosticada en el caso de Federico? // e) Usted ha solicitado que se le ordene a la Fundación Clínica Infantil Fundación Árbol y a la Fundación Corazón (sic.) que le presten el tratamiento continuo y oportuno a su hijo, ¿considera usted que no se lo han brindado? Especifique las razones, los detalles y describa su experiencia al respecto, en calidad de acompañante. // f) Según la historia clínica de su hijo, se le recomendó no dejarlo solo en ningún momento para cuando él nació ¿esta recomendación médica se ha mantenido hasta ahora? // g) Describa cómo es un día en su cotidianidad con el acompañamiento que precisa su hijo por la condición de salud que él presenta. // h) ¿En promedio, ¿qué gastos médicos debe hacer para el tratamiento médico de su hijo?”

24 Auto del 28 de enero de 2020. “Sobre la situación socioeconómica de la familia de Federico y sus redes de apoyo. // i) ¿Con quién viven usted y su hijo en la actualidad? ¿Desde hace cuánto viven juntos? ¿En dónde (municipio, barrio, localidad, vereda y dirección) viven y qué estrato es la vivienda que habitan? // j) ¿Qué gastos familiares tienen, enlístelos e indique el concepto del gasto y la cuantía de cada uno de ellos (ejemplo, por arriendo

\$300.000)? // k) ¿Cuáles de los miembros de la familia aportan para el sostenimiento económico de Federico? Aproximadamente ¿cuánto aportan de forma mensual para sus gastos? ¿es suficiente dicho aporte?, en caso negativo, explíqueme por qué. // l) ¿El padre del menor de edad aporta de alguna manera para el sostenimiento del niño y para su tratamiento médico? en caso afirmativo, ¿en qué forma lo hace?”

25 Sin embargo, la abuela del niño se queda ocasionalmente con ellos en su vivienda.

26 Cuaderno de Revisión. Folio 107.

27 Cuaderno de Revisión. Folio 107.

28 En tanto la EPS accionada no se pronunció en relación con todas las cuestiones sobre las que se le preguntó en el auto del 28 de enero de 2020, se le requirió para ello mediante el auto del 19 de febrero de 2020.

29 Auto del 28 de enero de 2020. “a) ¿Cuáles son los diagnósticos actuales de Federico? // b) ¿Qué incidencia tienen tales diagnósticos para el desarrollo del niño y, en especial, para el control de esfínteres? (esta respuesta debe ser avalada por un profesional de la salud) // c) ¿La accionante está exonerada de pagos moderadores, por qué motivo y en qué términos se dio esa exoneración? ¿tal exoneración sigue vigente? // d) ¿A cuántos compromisos médicos tuvo que asistir Federico en el transcurso de los tres últimos meses (enero de 2020, diciembre y noviembre de 2019)? ¿a cuánto ascienden los pagos moderadores en estos meses? // e) Detalle todos los servicios médicos que se han prescrito a favor de Federico desde el momento de su nacimiento y precise si (i) ya fueron autorizados, (ii) en qué fecha fueron prescritos, (iii) en qué fecha fueron autorizados, (iv) si ya fueron practicados o entregados en forma efectiva; y (v) en qué fecha fueron practicados o entregados. // f) ¿Qué gestiones ha emprendido para el suministro de guantes quirúrgicos, pañales, crema almipro, pañitos húmedos y tapabocas en favor de Federico desde el momento en que se le notificó de esta acción de tutela? En caso de que para alguno(s) de estos insumos no se haya desplegado ninguna acción, justifique tal negativa.”

30 Cuaderno de Revisión. Folio 44.

31 Cuaderno de Revisión. Folio 46.

32 Auto del 19 de febrero de 2020. “¿a qué se debe la exoneración de pagos moderadores en favor de Federico a la que aludió en la comunicación del 5 de febrero de 2020?, ¿desde cuándo se materializó? y ¿de qué depende que se mantenga vigente?”.

33 Cuaderno de Revisión. Folio 143. Concepto emitido con apoyo de la profesional de salud y médica de tutelas de la EPS accionada, Diana Tacuri Rivas (RM52-980).

34 Cuaderno de Revisión. Folio 144. “ALCANCE RCV19-3907”. p.2.

35 Como quiera que las preguntas planteadas en el auto del 28 de enero de 2020 no fueron absueltas en forma íntegra, se requirió a la Fundación para que diera cuenta de cada una de ellas en forma puntual y detallada. En respuesta a lo anterior, amplió su respuesta mediante comunicación del 6 de marzo de 2020.

36 Auto del 28 de enero de 2020. “a) ¿Cuáles son los diagnósticos actuales de Federico? // b) ¿Qué incidencia tienen tales diagnósticos para el desarrollo del niño y, en especial, para el control de esfínteres? // c) ¿El suministro de suministro de guantes quirúrgicos, pañales, crema almipro, pañitos húmedos y tapabocas tiene alguna incidencia en el estado de salud del menor de edad? // d) En la contestación de la acción de tutela se refirió a la importancia de la gestión administrativa en las autorizaciones de los servicios e insumos prescritos para el tratamiento de Federico ¿alguna vez ha encontrado obstáculos para la autorización de los servicios médicos prescritos para el tratamiento del niño por parte de la EPS accionada?”

37 Cuaderno de Revisión. Folio 56.

38 Cuaderno de Revisión. Folio 153.

39 Ibídem.

40 Cuaderno de Revisión. Folios 58 y 121.

41 Mediante contestación del 28 de febrero de 2020 (Cuaderno de Revisión. Folio 139 y ss., la EPS accionada informó que a la fecha tales diagnósticos son: “asfixia perinatal, retraso neurodesarrollo, trastorno deglución ERGE Severo, aciduria glutárica en estudio, (...) asfixia perinatal, (...) Ductus arterioso persistente, posterior infección gastrointestinal, (...) trastornos generalizados del desarrollo, parálisis cerebral infantil, gastrostomía (...) [posibles]

inmunodeficiencia, [y] fibrosis quística, (...) criptorquidea bilateral (...) parálisis cerebral infantil en estudio (...) otros trastornos generalizados del desarrollo en estudio fecha (...) síndrome convulsivo, sin tratamiento, sin nuevas crisis seguimiento por neurología, pendiente EEG (...) trastorno de la deglución, gastrostomía (...) testículo no descendido bilateral, (...) retraso del neurodesarrollo, (...) rehabilitación con objetivos de activación muscular, (...) síndrome broncoobstructivo severo persistente multifactorial (...) bronquiolitis por VSR, rinovirus y parainfluenza (...) POP flunduplicatura + gastrostomía (...) antecedente de infección asociada a cuidados de la salud (...) síndromed (sic.) niño hipotónico en estudio (g709) (...) sospecha de aciduria glutárica tipo I (...) asfixia perinatal con retraso en el desarrollo psicomotor (...) epilepsia, (...) hipertensión pulmonar (R) (...) asma mixta, trastorno neuromuscular no especificado”.

42 Apartado extraído, parcialmente, de la Sentencia T-544 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

43 Sentencias T-585 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-358 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

44 Sentencia T-515 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

45 Sentencias T-564 de 1993 y T-235 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; y T-100 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

46 Sentencia T-100 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

47 Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis. “[S]i lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela”.

48 Sentencia T-467 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

49 Sentencia T-091 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva señaló que “en los casos en que se satisface parcialmente un derecho fundamental, la Corte conserva la competencia en el caso concreto, ya que la carencia de objeto es parcial y subsiste la presunta violación del

derecho fundamental invocado, pues estos últimos se deben proteger en todo su núcleo y esencia, más no de modo fragmentario y parcial.”

50 Consolidado a partir de las consideraciones de la Sentencia T-281 y T-409 de 2019 ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

51 Es decir, hasta la emisión de la Ley 1996 de 2019.

52 Sentencia T-409 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “En relación con la representación legal que ejercen los padres en las acciones de tutela cuando las promueven para la protección de los derechos fundamentales de sus hijos, esta Corporación ha precisado que aquellos se encuentran legitimados por activa en razón de los deberes de defensa y las “facultades que se derivan del ejercicio pleno de la patria potestad”, entre las cuales se encuentra la representación judicial y extrajudicial del hijo”.

53 Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

54 Sentencias T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-416 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández.

55 Sentencia T-416 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

56 Artículo 1. Objeto. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto (...)”.

57 Artículo 5. “Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (...)”.

58 Sentencias T-514 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa y T-375 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

59 Decreto 2591 de 1991. Artículo 42. Analizado parcialmente en la Sentencia C-134 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

60 Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 y T-345 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

61 Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

62 Sentencia T-038 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

63 Sentencia SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

64 Sentencia T-091 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

65 Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-409 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

66 Decreto 2591 de 1991. Artículo 6. Numeral 1°.

67 Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

68 Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

70 Sentencia T-170 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “La jurisprudencia constitucional ha establecido que para la configuración de un perjuicio irremediable es necesario que concurren los siguientes elementos: ‘(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad’”.

71 Adicionado por la Ley 1438 de 2011 en su artículo 126.

72 Al respecto las Sentencias T-170 y T-192 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado advirtieron que “la determinación de la idoneidad y la eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del sistema de salud a cargo de la Superintendencia de Salud debe tomar en consideración los elementos de juicio recolectados en el marco del

seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008, a través de su Sala Especial de Seguimiento.”

73 Sentencia T-170 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

74 Ibídem.

75 Sentencia SU-074 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

76 Apartado sustentado parcialmente en las consideraciones de la Sentencia T-409 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

77 Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

78 Organización de Naciones Unidas. Observación General N°14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

79 Organización de Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 41er período de sesiones. 12 de julio de 2019. “La conceptualización de los determinantes de la salud mental requiere concentrarse en las relaciones y la vinculación social, lo que exige intervenciones estructurales en la sociedad y fuera del sector de la salud”.

80 Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud: principios.

81 En esa misma línea la Sentencia T-579 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) sostuvo que “(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano”.

82 Sentencia T-170 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

83 Sentencia C-507 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

84 Sentencia T-544 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

85 UNICEF, et al. Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Artículo 3. También ver Sentencia T-010 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

86 Sentencia T-402 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera y Sentencia T-339 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos.

87 Sentencia T-674 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

88 Los pagos moderadores fueron objeto de regulación en el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el que determinó sus modalidades y las diferencias.

89 Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-409 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

90 Sentencia T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

91 Sentencia T-053 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

92 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

93 Ley 1122 de 2007. Artículo 14, literal g).

94 Cuaderno de Revisión. Folio 121.

95 Sentencias T-015 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-886 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

96 Sentencia T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

97 Sentencia T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

98 Sentencia T-435 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

99 Sentencia T-409 de 2019. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.