

T-458-18

Sentencia T-458/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Principios rectores

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

CUIDADOR-Definición

SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Alcance

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA DE SALUD-La familia es la llamada en primer lugar a prestarles a sus miembros más cercanos la asistencia requerida

Referencia: Expediente T-6.875.698

Acción de tutela instaurada por María Fernanda Perdomo Osorio como agente oficiosa de su tío Héctor Casallas García en contra de la Nueva EPS

Magistrado sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado el 11 de mayo de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva, Huila, en el marco de la acción de tutela interpuesta por María Fernanda Perdomo Osorio como agente oficiosa de su tío Héctor Casallas García en contra de la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. La señora María Fernanda Perdomo Osorio actuando como agente oficiosa de su tío Héctor Casallas García presentó acción de tutela, el 26 de abril de 2018, en contra de la Nueva EPS, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social del agenciado.
2. Manifiesta que su tío tiene 72 años de edad y padece demencia vascular no especificada, obesidad, trastorno afectivo bipolar, Parkinson, artrosis generalizada, diabetes tipo 2, problemas urinarios, entre otras patologías.[1]
3. Afirma que como resultado de la atención prestada al señor Casallas García en consulta externa, el médico William Arbey Gutiérrez Cortés, vinculado con la Clínica Medilaser S.A, señaló que el paciente “tiene dependencia funcional severa con barthel menor de 20 con requerimiento de cuidador para ganancia en abc básicas y apoyo en transferencias el cual podría ser diurno, 12 horas al día” (...) [2] y que “dicho servicio no hace parte del Plan de beneficios para poderse formular”. (Resaltado fuera del texto)
4. Pone de presente que el estado de salud de su tío empeora con el paso de los días y que es ella quien debe brindarle los cuidados y acompañarlo a las citas médicas.
5. Agrega que es madre de dos menores a quienes no puede cuidar integralmente por tener que atender al agenciado. Al respecto sostiene: “yo tengo niños pequeños y me estoy enfermando porque todo el día me la paso es haciendo vueltas de medicamentos del paciente, ayudándolo en sus necesidades generales (...) tampoco puedo trabajar porque quién cuida de él y tengo a mis niños de escasos siete y nueve años solos en la casa.” [3]

6. Por otro lado, indica que su capacidad económica es precaria ya que no puede trabajar tiempo completo por la necesidad de brindar los cuidados que su tío requiere, pues no puede dejarlo solo con la “persona encargada en casa”[4]. Sobre este punto resalta: “no me encuentro en capacidad económica de cubrir el costo para la ASISTENCIA DOMICILIARIA en las condiciones necesarias para tener calidad de vida digna, el costo, de las citas con especialistas, de los medicamentos, diagnósticos y demás eventualidades referentes a su condición de salud”.[5](Negrilla fuera del texto).

7. Señala que se ha acercado en varias ocasiones a la Nueva EPS con la historia clínica de su tío y le han indicado que no es posible autorizar el servicio de cuidador porque este no está incluido en el plan obligatorio de salud.

8. Con base en lo expuesto, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social del señor Héctor Casallas García y en consecuencia; (i) se emita una medida provisional que garantice la asignación del cuidador inmediatamente y; (ii) se ordene a la accionada que en un término no mayor a 5 días autorice la atención de enfermería por 12 horas al día, así como la atención integral que el paciente requiera, esto es: “procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS, y además no le sean exigidos los pagos de cuotas moderadoras y copagos”.

Trámite procesal

9. Mediante auto del 30 de abril de 2018[6], el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva (Huila) admitió la acción de tutela y dispuso vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen al amparo. Así mismo, ordenó correr traslado a las entidades demandadas y vinculadas, para que en el término de 2 días se pronunciaran sobre los hechos descritos en la acción de tutela.

Frente a la medida provisional solicitada por la parte accionante resolvió negarla al considerar que “no se advierte a simple vista suficiente necesidad y urgencia para la protección de los derechos fundamentales invocados como para que no puedan ser objeto de pronunciamientos definitivo dentro del célere trámite por el cual se encuentra investida la presente acción constitucional, vale decir, no se vislumbra la configuración de un

perjuicio de carácter irremediable inminente que deba ser objeto de urgente medida provisional”.

Respuestas de las entidades demandadas

10. La Gerente Zonal de la Nueva EPS en el Departamento del Huila, informó en primer lugar que el agenciado se encuentra afiliado en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario activo, categoría A.

Luego de ello, puso de presente la Nota Externa n.º 2014332002296233 del 10 noviembre del 2014, expedida por el Ministerio de Salud en la cual señaló que el cuidador no es un servicio propio del ámbito de salud según las pautas adoptadas por el Comité de Criterios y Lineamientos Técnicos Para el Reconocimiento de las Tecnologías en Salud No Pos.

Paralelamente, expuso las diferencias entre el cuidador y el servicio de enfermería domiciliario concluyendo que el primero se brinda en desarrollo del principio de solidaridad inherente a los miembros de la sociedad, contrario al servicio de enfermería que debe ser prestado por personal con conocimiento específico en ciencias de la salud.

Por último, teniendo en cuenta que la asistencia requerida se encuentra excluida del plan de beneficios en salud, solicitó, en caso de acceder a las pretensiones de la acción de tutela, se ordene al Fosyga el recobro del 100% de los servicios No Pos dado que la prestación de los mismos lesiona considerablemente el patrimonio de la EPS.[7]

11. En auto del 8 de mayo del presente año, el juzgado que conoció del asunto vinculó al señor William Arbey Gutiérrez Cortés, médico geriatra, para que si lo consideraba oportuno, se pronunciara sobre los hechos que motivaron la acción de tutela.[8]

En respuesta a este proveído, el profesional vinculado con la Clínica Medilaser S.A, aclaró que su sugerencia fue la figura de un cuidador y no un auxiliar de enfermería como lo expresa la agente oficiosa. Lo anterior teniendo en cuenta que para cubrir las necesidades del paciente no se requiere de personal capacitado como lo es un auxiliar de enfermería.

Al respecto explicó: “los objetivos del cuidador en este paciente son los de apoyo en transferencias, ganancias en ABC básicas y evitar complicaciones asociadas a la inmovilidad debido a que el paciente presenta una enfermedad de Parkinson en estadio moderado

pero con demencia asociada y con alteraciones psicológicas-comportamentales con un grado de dependencia funcional severo y Barthel menor de 20, lo que motiva una vida limitada silla-cama y por eso la recomendación del CUIDADOR para evitar mayores complicaciones asociadas a la inmovilidad, que no requiere personal con formación especial”.

Por otro lado, reiteró que el servicio de cuidador no está contemplado dentro del POS. Sobre este aspecto indicó que: “según circular del Ministerio de Salud y Protección Social, dicha figura no está enmarcada en el plan de beneficios, ni hace parte del sistema de salud contributivo o subsidiado, en el formato mipres no hay como formularlo”.

Finalmente, recordó que según lo manifestado por la Corte Constitucional, en términos generales, el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas depende de los parientes o familiares que viven con ella.[9]

12. Mediante auto del 9 de mayo de 2018, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva requirió a María Fernanda Perdomo Osorio, agente oficiosa del señor Héctor Casallas García, para que informara sobre la conformación del grupo familiar y los ingresos del agenciado.[10]

Asimismo, explicó que los ingresos del núcleo familiar obedecen a la pensión que recibe el agenciado por un monto de \$1.700.000, de la cual debe cancelar: (i) una cuota de \$600.000 por un crédito que está pagando al Banco AV Villas y; (ii) la cuota del préstamo[12] de la casa donde habitan, al Fondo Nacional del Ahorro. Aclaró que el restante lo destina a gastos “de la casa, medicamentos, transporte como taxi para ir a los controles médicos y pagos de servicios públicos”.[13]

13. La Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) guardó silencio.

Sentencia objeto de revisión

14. Mediante sentencia del 11 de mayo de 2018, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva (Huila), después de analizar la jurisprudencia constitucional sobre el deber de solidaridad de la familia y la asignación del cuidador a personas con problemas de salud,

concedió parcialmente el amparo al determinar que el agenciado “requiere solamente que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional”. [14]

Frente a la situación económica del señor Casallas García indicó que al tener una pensión por \$1.700.000 no se encuentra desprotegido. Sumado a lo anterior, resaltó que la agente oficiosa o la esposa podrían asistirlo en sus actividades básicas cotidianas, ya que del expediente no es posible extraer una situación que permita concluir lo contrario.

Por eso, negó la pretensión relacionada con la autorización por parte de la EPS de un cuidador por 12 horas al día. No obstante, concedió parcialmente la protección invocada al considerar que a pesar de que el agenciado convive con más parientes (esposa y un nieto), la entidad accionada no probó con suficiencia que haya proporcionado un entrenamiento y preparación a los familiares del paciente para garantizar los cuidados que este requiere.

15. En lo que al tratamiento integral respecta, estimó que la Nueva EPS ha brindado de manera continua los servicios de salud requeridos por el paciente tal y como lo demuestra el historial clínico allegado al trámite constitucional. Frente a la exoneración de las cuotas moderadoras y copagos solicitada, precisó que este no era el escenario para resolver tal petición bajo el entendido que uno de los principios esenciales de procedencia de la acción de tutela es el de la subsidiariedad, razón por la cual era obligación de la parte interesada realizar las peticiones correspondientes ante la entidad prestadora de salud.

En esa medida, ordenó a la directora o coordinadora de la Nueva EPS de Neiva, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia realizara las gestiones pertinentes para brindar entrenamiento o preparación que sirva de apoyo al cuidador principal que designe la familia para el manejo del señor Casallas García. Además, dispuso que dicha labor debía ser objeto de verificación continua por parte de la entidad accionada. Dicha decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

Pruebas que obran en el expediente

16. El despacho sustanciador recibió dos cuadernos que integran el expediente T-6.875.698: uno contentivo de la actuación de primera instancia surtida en sede de tutela por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva; y otro correspondiente al trámite de revisión

adelantado por este Tribunal. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan:

i) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Héctor Casallas García.[15]

ii) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Fernanda Perdomo Osorio.[16]

iii) Registro de la consulta médica de fecha 24 de enero de 2018 llevada a cabo en la Clínica Medilaser de Neiva, en la cual el médico geriatra William Arbey Gutiérrez Cortés determinó que el señor Héctor Casallas García es un paciente que “tiene dependencia funcional severa con barthel menor de 20 con requerimiento de cuidador para ganancia en abc básicas y apoyo en transferencias el cual podría ser diurno, 12 horas al día, pero repito DICHO SERVICIO NO HACE PARTE DEL PLAN DE BENEFICIOS PARA PODERSE FORMULAR”. [17]

iv) Copia de la historia clínica del señor Héctor Casallas García núm. 4904277 del 5 de abril del 2018 del Centro Terapéutico Integral Fisiohome, en la cual aparece como acudiente la señora Dilia Rosa Osorio y se indica que el agenciado es un “paciente masculino de 72 años con antecedente de enfermedad de Parkinson en estado avanzado con evidencia de deterioro cognitivo por lo que se ha diagnosticado cuadro demencial asociado que lo ha limitado funcionalmente progresivamente hasta la postración con vida limitada a cama - silla (...).”[18]

v) Copia de la evaluación neuropsicológica de fecha 26 de febrero del 2018 expedida por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo E.S.E de la ciudad de Neiva (Huila), en la que se señala que el “paciente presenta un deterioro cognitivo asociado a demencia alzhéimer, Parkinson, presenta cambio involutivos tempranos no propios de la edad y que implican semiología de disprosexia marcada amnesia reciente y de largo plazo, desorientación, afasia leve a moderada, deterioro frontal que incluye cambios en la personalidad, emociones hábiles y depresión. (...)”. Agrega que convive con su esposa y un nieto. [19]

(vi) Copia del examen RM Cerebral Simple practicado el 27 de enero del 2018 en la Clínica Medilaser S.A, en el cual se determinó que el agenciado presenta “señales de Leucoencefalopatía-gliosis a nivel supratentorial bilateral por cambios seculares microangiopático, hipoxicaisquémico y proceso degenerativo asociado (...)”. [20]

(vii) Copia de la Circular 00022 del 2017, expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social relacionada con “la Prestación del Servicio Especiales y Cuidado, Diferente al Servicio de Cuidador”.[21]

Trámite en sede de revisión

17. El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 27 de julio de 2018, la Sala de Selección de Tutelas número Siete de esta Corporación[22] lo escogió para revisión.[23]

Auto del 5 de septiembre de 2018

18. Con el fin de contar con los suficientes elementos de juicio para decidir el asunto de la referencia, el magistrado sustanciador consideró necesario realizar una serie de cuestionamientos tanto a la accionante como a la entidad accionada, por lo que mediante auto del 5 de septiembre de 2018 ordenó:

(i) A la señora María Fernanda Perdomo Osorio:

- Teniendo en cuenta que afirma que no puede trabajar tiempo completo, indicar cuál es actualmente su actividad económica y de dónde provienen sus ingresos; así mismo, explicar quién cuida al señor Casalla García en su ausencia.

- Señalar si el señor Héctor Casallas García convive con más personas (además de la esposa y los 2 menores de edad) y si estas tienen algún tipo de ingreso económico. Particularmente aclarar quién es el nieto al que hace referencia el fallo de instancia.

- Precisar si ha solicitado a la Nueva EPS la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

- Indicar si a la fecha la entidad accionada ha desplegado algún tipo de actividad relacionada con el cuidado del señor Casallas García, de conformidad con lo ordenado por el juez de instancia.

- Precisar la información brindada (edad, situación económica y patologías) respecto de la

esposa del señor Héctor Casallas García.

- Indicar a cuánto asciende el valor de las cuotas del crédito de vivienda otorgado por el Fondo Nacional del Ahorro.

- Señalar a cuánto ascienden los gastos de servicios públicos, medicamentos y transporte del agenciado.

(ii) A la representante legal de la Nueva EPS -Zonal Huila-:

- Copia de la historia clínica completa del señor Héctor Casallas García.

- Presentar un informe detallado sobre las actuaciones adelantadas y los servicios de salud y complementarios prestados al señor Casallas García según lo ordenado por el juez de instancia.

- Señalar las personas beneficiarias del señor Héctor Casallas García como afiliado a esa entidad.

- Precisar si ha desplegado algún tipo de actuación relacionada con el transporte y traslado del señor Héctor Casallas García a las citas médicas.

- Indicar el tipo de vinculación que tiene con la entidad el médico geriatra William Arbey Rodríguez Cortés y la Clínica Medilaser S.A.

- Indicar si es posible ingresar el servicio de cuidador a través del aplicativo MIPRES a fin de obtener su autorización teniendo en cuenta que se encuentra excluido del plan de beneficios. Esto, en tanto el médico William Arbey Rodríguez Cortés señaló en dos oportunidades que “en el formato mipres no hay como formularlo”.

Auto del 25 de septiembre de 2018

19. El 19 de septiembre de 2018 la Secretaría General de esta Corte informó que el auto del 5 de septiembre de 2018 fue comunicado mediante los oficios OPTB-2482/18[24] y OPTB-2483/18[25], y que vencido el término probatorio no se recibió respuesta alguna. Por esta razón, mediante auto del 25 de septiembre del mismo año, se requirió a la Representante Legal de la Nueva EPS Zonal Huila, para que en el término de un (1) día

procediera a resolver el cuestionario y a remitir los documentos solicitados por esta Corte en el mencionado auto.

20. Ahora bien, revisado el Oficio OPTB-2482/18 se observó que el auto del 5 de septiembre del presente año fue notificado a la señora María Fernanda Perdomo Osorio en la calle 17D n.º 41 - 21 de la ciudad de Neiva (Huila) dirección que no corresponde a la suministrada en el escrito de tutela.

Con el fin de dar solución a lo anterior, el 21 de septiembre del presente año el despacho estableció contacto telefónico con la agente oficiosa quien manifestó que su dirección de notificación es la calle 53 n.º 1D - 57 del Barrio Cándido Leguízamo de Neiva (Huila) y no aquella a donde se envió el auto en comento. Asimismo, en contacto telefónico con la esposa del agenciado, esta señaló que no comparten domicilio con la agente oficiosa.[26]

Por lo anterior, en el proveído del 25 de septiembre de 2018, se dispuso, además, enviar copia del auto del 5 de septiembre del mismo año, esta vez a la calle 53 n.º 1D - 57 del Barrio Cándido Leguízamo de Neiva (Huila) para que la señora Perdomo Osorio procediera a dar respuesta a los cuestionamientos allí realizados, en un término no mayor a tres (3) días contados a partir de la comunicación de dicha providencia.

21. Adicionalmente, el despacho consideró oportuno tener claridad sobre lo afirmado por la esposa del agenciado en la referida comunicación telefónica, en la cual manifestó que la señora María Fernanda Perdomo Osorio no comparte lugar de residencia ni con ella ni con el agenciado.

22. Vencido el término probatorio dispuesto en el mencionado proveído, el cual fue comunicado mediante oficios OPTB-2576[27] y OPTB-2577[28] del 3 de octubre del presente año, la Secretaría General de esta Corte informó que no se recibió respuesta de ninguna de las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela mencionado, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto

Estatutario 2591 de 1991.

Problema jurídico

2. En el asunto bajo estudio la peticionaria manifestó, por un lado, que en razón de la patología del agenciado y a la imposibilidad de brindarle el debido cuidado por parte de los familiares, resultaba imperiosa la asignación de un cuidador. Por el otro, solicitó que se garantizara el tratamiento integral del paciente ordenándole a la EPS asumir los gastos derivados de los procedimientos, pruebas diagnósticas y medicamentos que este requiere, así como los pagos de las cuotas moderadoras y copagos.

Con base en los hechos descritos corresponde a esta Sala determinar si ¿desconoció la entidad accionada los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social del señor Héctor Casallas García (i) al no autorizar el servicio de cuidador a pesar del concepto médico en el cual un profesional de la salud manifestó que el paciente requería de dicho servicio y (ii) al no garantizar el tratamiento integral que este requiere, así como la exoneración de copagos y cuotas moderadoras?

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala Octava de Revisión reiterará la jurisprudencia sobre (i) el derecho fundamental a la salud y (ii) el servicio de cuidador y el deber de solidaridad. Con sustento en ello, (iii) abordará el estudio del caso concreto.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

3. El artículo 49 Superior consagra la atención en salud como un derecho fundamental y un servicio público, cuya prestación debe ser prestado por el Estado con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, garantizando a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación derivados de tan esencial prestación.

4. En complemento, el legislador promulgó la Ley 100 de 1993[29] en la cual se determinó, entre otras cosas, que la distribución y funcionamiento de los servicios de salud debía brindarse con base en los mencionados principios y en la idoneidad que supone la implementación de las políticas públicas derivadas del principio constitucional que aquí se estudia.[30]

A su turno, el artículo 2.º de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015[31] reconoce el

carácter fundamental del derecho a la salud determinando que es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo, y explica el ámbito de aplicación del mismo como aquel que:

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

Esa normatividad, también define el sistema de salud como “el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.”[32]

5. En relación con el precepto ius fundamental objeto de análisis, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.”[33]

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[34] en su artículo 12, señaló que “todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n.º 14 del 2000 refirió que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.” concluyendo que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.

6. Por otro lado, como resultado del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho a la salud, este pasó de ser amparado por conexidad con los derechos a la vida e integridad personal a ser reconocido como un derecho fundamental autónomo.[35]

Sobre este punto, la Corte ha sostenido que someter la aplicación del derecho a la salud exclusivamente por su conexidad con los derechos fundamentales a la vida e integridad personal debilitaba la relevancia del mismo, dado que este solo podría ser confrontado con la supervivencia sin importar las condiciones en la que esta se presente, razón por la cual resultaba necesario considerarlo como un derecho de aplicación directa.[36]

En ese sentido, la Sentencia T-208 de 2017 indicó que las personas que sufren enfermedades “tienen derecho a acceder a servicios que les permitan gozar del mejor estado posible de salud mental y que propendan por su rehabilitación y recuperación funcional, correspondiéndole a las EPS, bien sea dentro del régimen contributivo o del subsidiado, asumir el costo de los mismos, cuando sea necesario.”

7. Así las cosas, es debido destacar que tanto la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales reconocen el carácter fundamental del derecho a la salud y aceptan como elementos esenciales del servicio los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, a través de los cuales se consolidan otros valores más fundamentales como el de la vida y la dignidad humana.

El servicio de cuidador y el deber de solidaridad. Reiteración de jurisprudencia

8. La reglamentación en materia de salud[37] señala que los costos de los procedimientos que se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud deben ser asumidos por las entidades encargadas de su prestación (EPS). Sin embargo, existen eventos en que serán el afiliado o sus familiares los encargados de cubrir su costo, como sucede con aquellos medicamentos, tratamientos, insumos o servicios complementarios expresamente excluidos del PBS.

Actualmente, el PBS está regulado íntegramente en las Resoluciones 5267[38] y 5269[39] de 2017. La primera, establece el listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, y la segunda, los procedimientos derivados de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación de Servicios Complementarios. Por tanto, se entiende que todas las prestaciones en salud están cubiertas por el nuevo Plan de Beneficios en Salud, con excepción de los servicios que han sido excluidos taxativamente.

No obstante, la figura del cuidador no se encuentra regulada ni en el Plan de Beneficios en Salud ni en la lista de procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud según lo dispuesto en las mencionadas resoluciones, por lo que es preciso inferir que existe un vacío normativo que no permite especificar los alcances de la figura del cuidador, que ha sido entendida como un “servicio o tecnología complementaria”. [40] Lo anterior, dificulta su formulación y posterior autorización por parte de las entidades encargadas de prestar los servicios en salud.

La única referencia a la figura del cuidador se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

“aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC.”

Sin embargo, se hace mención al cuidador solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del citado documento.

“(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”

Sobre el particular también señaló que: “el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos”.

10. Acto seguido, en la Sentencia T-096 de 2016 este Tribunal determinó que las funciones propias del cuidador “no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas y, además de la ayuda y colaboración que les prestan, les sirven también en algún sentido como soporte emocional y apoyo en la difícil situación en que se encuentran”.

Quiere decir lo anterior que la tarea encargada a los cuidadores, por su misma informalidad, puede ser cumplida por cualquier miembro del entorno cercano del paciente, dado que su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación.

11. Llegado a este punto, es debido destacar que tanto la ley como la jurisprudencia, en principio, han entregado la responsabilidad de asistencia y cuidado de los pacientes que así lo requieran a los parientes o familiares que viven con ellos en virtud del principio constitucional de solidaridad, el cual se torna un tanto más riguroso cuando de sujetos de especial protección y en circunstancias de debilidad manifiesta se trata. En este sentido, la Sentencia T-220 de 2016 reiteró que:[41]

“Dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales”.

En consecuencia, el deber de cuidado y asistencia de los pacientes que con ocasión de sus

patologías vean restringido su trasegar físico y emocional radica en el entorno cercano del enfermo, siempre y cuando sus miembros estén en capacidad física y económica para garantizar la asistencia. Lo anterior derivado de la Sentencia T-096 de 2016 la cual recalcó que:

“el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.”

De ahí que la sentencia T-336 de 2018 haya acogido los presupuestos en los que el deber de asistencia y cuidado de los pacientes permanece en cabeza de los familiares del afectado, esto es:

“(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.”

12. Ahora, si bien esta Corte ha avalado la estricta relación de la figura del cuidador con el deber de solidaridad inherente al núcleo familiar de quien requiere la atención y el cuidado, también ha admitido eventualidades en las cuales dicha ayuda no puede ser asumida por los parientes. Al respecto la Sentencia T-065 de 2018 señaló que:

“Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe

certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado

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

Por tanto, en el evento en el que los miembros del núcleo familiar del paciente no puedan brindar la atención y el cuidado que este requiera, ya sea por sus condiciones médicas o económicas, será el Estado el que deba asumir esta labor para de esta manera garantizar la protección de los derechos fundamentales de los enfermos.

13. En esa medida, infiere esta Corporación que existen dos niveles de solidaridad para con los enfermos: (i) el deber que tienen los parientes del afectado de brindar ayuda física y emocional, siempre y cuando estén en condiciones de brindar la atención y cuidado; y (ii) el reflejado en la intervención del Estado como encargado de la dirección, coordinación y control de la seguridad social y en virtud del principio constitucional de la solidaridad, en el evento en el cual dicha función no pueda ser asumida por el entorno cercano al paciente.

Caso Concreto

Breve presentación del asunto

14. El señor Héctor Casallas García, de 72 años de edad, fue diagnosticado con diversas patologías que le impiden valerse por sí mismo física y emocionalmente. María Fernanda Perdomo Osorio, sobrina del paciente, manifestó que asumió la asistencia y cuidado de su pariente, lo que le ha imposibilitado atender las necesidades básicas de sus hijos menores de edad (7 y 9 años) así como trabajar tiempo completo.

Agregó que nadie más puede hacerse cargo del agenciado dado que la esposa de este también es una persona de la tercera edad con diversos problemas de salud. Asimismo, señaló que en atención a múltiples obligaciones económicas del núcleo familiar (crédito de vivienda, servicios y alimentación) no le es posible costear los gastos de traslado, medicamentos, copagos, cuotas moderadoras y demás responsabilidades derivadas de los procedimientos médicos recibidos por el señor Casallas García.

15. En virtud de lo anterior, la señora María Fernanda Perdomo Osorio presentó acción de tutela en calidad de agente oficiosa de Héctor Casallas García, con el fin de que le fueran amparados los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social. Solicitó que se le ordenara a la entidad accionada garantizar la atención de enfermería en un término no mayor a 5 días, así como la atención integral que el paciente requiera, esto es: “procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS, y además no le sean exigidos los pagos de cuotas moderadoras y copagos”.

16. La Gerente Zonal de la Nueva EPS en el Departamento del Huila, informó que el agenciado se encuentra afiliado en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario activo, categoría A y refirió un concepto a través del cual el Ministerio de Salud señaló que el cuidador no es un servicio propio del ámbito de salud según las pautas adoptadas por el Comité de Criterios y Lineamientos Técnicos Para el Reconocimiento de las Tecnologías en Salud No Pos.

17. A su turno, el médico William Arbey Rodríguez Cortés aclaró que su sugerencia fue la figura de un cuidador y no un auxiliar de enfermería como lo expresa la agente oficiosa. Lo anterior, teniendo en cuenta que para cubrir las necesidades del paciente no se requiere de personal capacitado como lo es un profesional en la materia.

Agregó que le era imposible prescribir el mencionado servicio porque este no está incluido en el plan de beneficios ni hace parte del sistema de salud contributivo por lo que en el formato MIPRES no hay como formularlo.

18. El Juzgado 4.º Penal del Circuito de Neiva concedió parcialmente el amparo, ordenando a la accionada brindar capacitación a la persona que designe la familia para que cumpla las funciones de cuidador, al considerar que el deber de solidaridad y de proporcionar este

apoyo constituye una carga soportable para los familiares del agenciado teniendo en cuenta que: (i) se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud; y (ii) recibe una pensión que asciende a \$1.700.000, motivo por el cual concluyó que el señor Casallas García no es una persona absolutamente desprotegida.

19. En sede de revisión tanto la agente oficiosa como la entidad accionada guardaron silencio.

Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

20. De conformidad con el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 la legitimación por activa de la acción de tutela la tiene toda persona cuyos derechos fundamentales hayan sido amenazados o vulnerados, quien podrá solicitar el amparo (i) por sí misma; (ii) por medio de apoderado; (iii) por un tercero que agencie derechos ajenos cuando el titular de ellos no pueda promover su propia defensa o; (iv) cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado como requisitos para hacer uso de esta figura los siguientes: (i) que el agente oficioso manifieste que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y (iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado.[42]

21. En el caso objeto de estudio la Sala encuentra acreditados los citados condicionamientos porque la señora María Fernanda Perdomo Osorio en el escrito manifestó de manera expresa su calidad de agente oficiosa. Por otro lado, se observa que la persona cuyos derechos se agencian no se encuentra en condiciones físicas ni mentales de promover su defensa, en atención a que de la historia clínica y demás documentos relacionados con las patologías y los procedimientos médicos de los que ha sido objeto el señor Casallas García, aportados junto con el escrito de tutela, es posible extraer que el agenciado es un “paciente masculino de 72 años con antecedente de enfermedad de Parkinson en estado avanzado con evidencia de deterioro cognitivo por lo que se ha diagnosticado cuadro demencial asociado que lo ha limitado funcionalmente

progresivamente hasta la postración con vida limitada a cama – silla (...).”[43]

22. Respecto de la legitimación por pasiva, los artículos 1.º y 5.º del referido decreto, disponen que esta acción podrá ser impetrada cuando las acciones u omisiones de una autoridad pública -por regla general- o de un particular -de manera excepcional-, amenace o transgreda los derechos fundamentales de una persona. Se tiene entonces que la Nueva EPS es una entidad, cuyas omisiones presuntamente han vulnerado los derechos fundamentales del actor, lo que la legitima para ser demandada dentro del presente proceso.

23. Ahora, en cuanto al requisito de subsidiariedad, si bien existe el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007[44] ante la Superintendencia Nacional de Salud, la jurisprudencia constitucional ha estimado que este aún cuenta con varios vacíos normativos que le restan eficacia. En efecto, esta Corporación ha evidenciado que existen dos falencias relacionadas con este procedimiento, como lo son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que se interponga contra la decisión adoptada y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado. Al respecto la Sentencia T-065 de 2018 definió los mencionados defectos de la siguiente manera:[45]

“Sobre el primero de los defectos evidenciados se ha expresado que la inexistencia de un término preciso conlleva necesariamente a que el trámite pueda extenderse indefinidamente en el tiempo, sin que ello se compadezca de la especial situación de los solicitantes, quienes en la mayoría de los casos pretenden la garantía de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas o al mínimo vital y requieren de una solución con prontitud que los retire del estado de vulnerabilidad en que se encuentran.

En relación con los mecanismos para obtener el acatamiento a lo resuelto, se tiene que inicialmente la Ley 1122 de 2007 y su modificación en la Ley 1438 de 2011 no previeron ningún mecanismo a través del cual fuera posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, por lo que su exigibilidad se veía cuestionada. No obstante lo anterior, mediante el artículo 25 de la Ley 1797 de 2016[34] se dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en este trámite judicial tendrá las mismas consecuencias que el desacato a una decisión de tutela y, por ello, sería posible considerar que dicha falencia fue superada.”

En esa medida, la imposibilidad de brindar una respuesta expedita y eficaz derivada de las dificultades de funcionamiento del mencionado mecanismo judicial, justifica la intervención del juez constitucional, si se tienen en cuenta las condiciones particulares que rodean al agenciado y a su núcleo familiar, quienes necesitan llegar a una certeza inmediata que les permita tomar decisiones en aras de conservar de la mejor manera posible las condiciones de vida del señor Casallas García.

24. Por último, una vez revisadas las actuaciones efectuadas por la accionante y el entorno familiar del agenciado, la Sala observa que el requisito de inmediatez se encuentra acreditado.

En efecto, la tutela fue interpuesta el 26 de abril de 2018, esto es, tres meses después de la expedición del concepto mediante el cual el médico tratante estimó que requería del servicio de cuidador 12 horas al día (30 de enero de 2018), lo que juicio de la Sala es un término razonable para acudir al mecanismo constitucional en estudio.

Análisis de la vulneración de los derechos fundamentales del agenciado

25. Superado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte debe examinar si se cumplen los presupuestos para conceder el servicio de cuidador por parte de la entidad accionada.

26. Del escrito de tutela y demás elementos de juicio anexados al expediente, se tiene que las circunstancias por las cuales la señora María Fernanda Perdomo Osorio manifiesta que es la encargada de la atención y cuidado de su tío, son que la esposa de este y demás familiares no están en condiciones de asumir dicha tarea por circunstancias personales (médicas y económicas) que hacen inviable el cumplimiento de tan importante labor.

27. En primer lugar, resulta oportuno recordar las eventualidades y los condicionamientos necesarios para, excepcionalmente, determinar que la asistencia no puede ser asumida por los parientes, esto es, cuando exista certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y en los casos en los que el principal obligado (núcleo familiar) esté imposibilitado materialmente para brindar las atenciones de cuidado requeridas por el afectado.

Según se expuso la “imposibilidad material” se acredita cuando el núcleo familiar (i) no cuenta 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.[46]

28. Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a analizar los mencionados presupuestos:

En cuanto al primer requisito, es decir, la necesidad del paciente de recibir atención, se tiene que el agenciado es una persona de la tercera edad que requiere el servicio de cuidador por su edad (72 años) y las múltiples patologías que padece (Parkinson en estado avanzado, deterioro cognitivo, cuadro demencial asociado y limitación física progresiva).

Esto, se corroboró además con lo manifestado por el médico tratante quien fue el que sugirió dicha figura en consideración del mencionado historial clínico y de la respuesta otorgada al juzgado en sede de tutela. Así entonces, para la Sala es clara la necesidad del agenciado de recibir cuidados especiales por parte de un cuidador.

Sin embargo, a juicio de esta Corporación no se acredita el segundo requisito, referente a la imposibilidad material del núcleo familiar para brindar el cuidado que requiere al paciente, por las siguientes razones:

(i) No se encuentra en el expediente el historial clínico de la esposa del agenciado que permita evidenciar su estado de salud y las razones por las cuales no puede asumir el cuidado de su esposo. Además, es la cónyuge quien figura como acudiente del señor Casallas García tanto en la evaluación neuropsicológica del 26 de febrero de 2018, como en la consulta en la cual se expidió la historia clínica de este, el 5 de abril del año en curso. En este punto, importa destacar que la señora María Fernanda Perdomo Osorio, agente oficiosa, no se encuentra relacionada como acudiente del agenciado en los referidos documentos.

(ii) Según lo señalado en la evaluación neuropsicológica realizada en el Hospital

Universitario de Neiva, se evidencia que el agenciado convive además de su esposa con un nieto con el que, según consta en el documento, tiene buen trato pero algunas discusiones ocasionales.[47]

(iii) Así las cosas, es posible extraer que los familiares que conviven con el señor Casallas García están en condiciones de recibir la capacitación como cuidador para brindar la atención y el cuidado requerido por el agenciado, tal y como se ha dado con anterioridad a la sugerencia del médico tratante.

(iv) Respecto de la ausencia de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio de cuidador, tanto en el escrito de tutela como en la respuesta al requerimiento del juzgado, la agente oficiosa manifestó que el agenciado recibe una pensión \$1.700.000, de los cuales debe cancelar \$600.000 por un crédito adquirido con una corporación bancaria. Es decir, que \$1.100.000 restante es destinado a cubrir los gastos del hogar, subsistencia y traslado del paciente cuando este se requiera.[48]

En esa medida, si bien esta Sala no desconoce que el referido núcleo familiar tiene obligaciones con distintas entidades, infiere que estas fueron adquiridas en la medida de sus posibilidades y aras de lograr una mejor calidad de vida, motivo por el cual no es posible acreditar el ítem relacionado con la carencia económica.

(v) Adicionalmente y en complemento del análisis de los requisitos propuestos, encuentra la Sala que si bien las situaciones descritas son constitucionalmente relevantes, al revisar con detenimiento el expediente, se advierte que las aseveraciones hechas por la accionante resultan confusas y no permiten constatar lo afirmado a pesar de haberle solicitado que profundizara sobre la información referida en el escrito de tutela.

En efecto, frente a las condiciones particulares de la agente oficiosa quien aseguró depender económicamente del agenciado ya que por estar pendiente de los cuidados que este requiere, no le es posible conseguir un trabajo estable, de tiempo completo y que la retribución por los servicios prestados se limitaba a no tener que pagar el arriendo, encuentra la Sala que tales aseveraciones pierden sustento en el momento en el cual se da a conocer que el domicilio del agenciado no coincide con el de la agente oficiosa.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que, contrario a lo manifestado por la señora María Fernanda Perdomo Osorio, de la comunicación telefónica del 21 de septiembre del presente año entablada con ella y con la esposa del agenciado es posible inferir que su domicilio no coincide con el del señor Casallas García por lo que no es factible determinar cómo y en qué horario cuida de su tío, ya que además de que no comparte domicilio con el agenciado debe atender a sus dos hijos menores de edad con quienes sí comparte lugar de residencia.[49]

Así entonces, tanto la dependencia económica invocada por la agente oficiosa, como la precaria situación económica expuesta en el escrito tutelar quedan desvirtuadas si se tiene en cuenta que los gastos entre uno u otro no se encuentran relacionados ya que al no habitar en la misma residencia no es posible que el agenciado cubra los gastos, por lo menos, del arriendo de la agente oficiosa lo que desvirtúa la “imposibilidad material” propuesta por ella en el escrito de tutela.

29. Finalmente, en relación con la falta de recursos económicos en la cual se sustentan las pretensiones relacionadas con “procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren fuera del POS, y además no le sean exigidos los pagos de cuotas moderadoras y copagos”,[50] conviene reiterar que el accionante y su núcleo familiar tienen ingresos derivados de la pensión lograda por el agenciado producto de su vínculo laboral con el Departamento del Huila. Sumado a ello, los gastos derivados de los procedimientos médicos no resultan excesivos, en tanto el accionante recibe asistencia domiciliaria lo que quiere decir que no debe trasladarse constantemente a los centros de tratamiento dispuestos por la EPS.

Además, del material probatorio obrante en el expediente es posible inferir que el agenciado recibe terapias en casa por parte de un profesional adscrito a la entidad accionada[51] y que ha sido atendido en distintos centros médicos autorizados por la Nueva EPS, según lo reflejado en el registro de consulta diligenciado por la Clínica Medilaser de Neiva[52] y en la historia clínica expedida por la Centro Terapéutico Integral Fisiohome.[53]

Así, bajo el entendido que (i) al agenciado se la ha garantizado el tratamiento integral (terapias en casa y atención en centros de salud) con base en el tipo de afiliación que este

ostenta; y (ii) la asistencia y cuidado del señor Héctor Casallas García debe permanecer en cabeza de su entorno del familiar, su atención y cuidado no puede considerarse como una carga económica insostenible.

Conclusiones

30. Por lo anterior, aunque la Sala no desconoce la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta el señor Héctor Casallas García, por sus múltiples padecimientos, no encuentra que el agenciado y su entorno familiar cumplan con las características propias, previamente desarrolladas, para que el deber de cuidado y atención derivado del principio de solidaridad inherente al entorno cercano de quien se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, sea trasladada al Estado.

Así las cosas, si bien en el presente asunto se tiene la certeza médica de que el agenciado es una persona que requiere de asistencia en la cotidianidad, sin embargo no se demostró que es una carga insostenible para sus familiares teniendo en cuenta las variables circunstanciales económicas, sociales y físicas, con base en lo aportado en el expediente de tutela, que rodean al agenciado y a su entorno familiar ya que además de la referida atención la capacitación a la persona designada y posterior evaluación del servicio sugerido deberá ser asumida integralmente por la entidad accionada.

31. No obstante lo anterior, comparte la Sala las consideraciones presentadas por el juez de única instancia en las cuales ordenó a la accionada otorgar un entrenamiento o una preparación a quien la familia disponga para brindar atención y cuidado al señor Héctor Casallas García. Igualmente, conforme a los antecedentes jurisprudenciales referidos, resulta necesario garantizar la calidad y aptitud del cuidado así como la estabilidad física y emocional del señor Casallas García por parte de la Nueva EPS.

33. Con fundamento en lo anterior, la Sala confirmará la sentencia proferida por el 11 de mayo de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva (Huila) en la cual se concedió parcialmente el amparo de los derechos fundamentales del señor Héctor Casallas García ordenando a la accionada brindar capacitación al familiar designado para cumplir las funciones de cuidador requeridas por el paciente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva (Huila), del 11 de mayo de 2018, mediante el cual se negó la pretensión relacionada con la autorización por parte de la EPS de un cuidador por 12 horas al día y que amparó parcialmente los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social invocados, ordenando la capacitación por parte de la accionada a la persona que la familia designe como cuidador en el trámite de la acción de tutela interpuesta por María Fernanda Perdomo Osorio actuando como agente oficiosa de su tío Héctor Casallas García, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1, folio 1.

[2] Cuaderno 1, folio 2.

[3] Ibídem.

[4] La agente oficiosa se refiere a la señora Dilia Rosa Osorio, esposa del agenciado.

[5] Cuaderno 1, folio 3.

[6] Cuaderno 1, folio 21.

[7] Cuaderno 1, folios 26 a 30.

[8] Cuaderno 1, folio 40.

[9] Cuaderno 1, folios 34 a 47. Sobre el particular refirió las Sentencias T-801 de 1998 y T-154 de 2014.

[10] Cuaderno 1, folio 43.

[11] Cuaderno 1, folio 56.

[12] El monto no fue precisado.

[13] Cuaderno 1, folio 56.

[14] Cuaderno 1, folio 61.

[15] Cuaderno 1, folio 19.

[16] Cuaderno 1, folio 20.

[18] Cuaderno 1, folios 12 a 15.

[19] Cuaderno 1, folios 17 a 18.

[20] Cuaderno 1, folio 16.

[21] Cuaderno 1, folios 52 a 54.

[22] Conformada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Alberto Rojas Ríos.

[23] Cuaderno de la Corte, folios 12 a 29.

[24] Correspondiente a la parte accionante.

[25] Correspondiente a la parte accionada.

[26] Cuaderno de la Corte, folio 7.

[27] Correspondiente a la parte accionada.

[28] Correspondiente a la parte accionante

[29] Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

[30] Artículo 3.º Ley 100 de 1993: “El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley.”

[31] Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

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

[32] Artículo 4.º de la Ley 1751 de 2015.

[33] Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946,

firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado al referido texto.

[34] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

[35] Sentencia T- 001 de 2018.

[36] Confrontar la Sentencia T- 422 de 2017.

[37] Artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y Resoluciones 5267 y 5269 de 2017.

[38] Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

[39] Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, Suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

[40] Conforme a lo señalado en la Resolución n.º 3951 del 31 de agosto de 2016, estos servicios corresponden a aquellos que “si bien no pertenece[n] al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”.

[41] Posición acogida en las Sentencias T-801 de 1998, T-154 de 2014 y T-096 de 2016.

[42] Sentencias SU-288 de 2016, SU-173 de 2015, T-467 de 2015, T-004 de 2013, T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999, T-422 de 1993, T-421 de 2001, T-044 de 1996 y T-088 de 1999, T-406 de 2017, entre otras.

[43] Cuaderno 1, folios 12 a 17.

[44] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

[45] Confrontar la Sentencia T-065 de 2018.

[46] Ibídem.

[47] Cuaderno 1, folio 17.

[49] Cuaderno de la Corte, folio 7.

[50] Cuaderno 1, folios 8 y 9.

[51] Cuaderno 1, folio 2.

[52] Cuaderno 1, folio 11.

[53] Cuaderno 1, folios 12 a 15.