

Sentencia T-065/18



Referencia: expediente T-6.423.733.
Acción de tutela presentada por la ciudadana Maritza Robayo Criollo en representación de su hija menor de edad, Gabriela Linares Robayo, en contra de Unicajas Comfacundi E.P.S.-S.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá el diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017) y, en segunda instancia, por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017), dentro de la acción de tutela presentada por la ciudadana Maritza Robayo Criollo en representación de su hija menor de edad, Gabriela Linares Robayo, en contra de Unicajas Comfacundi E.P.S..

El expediente de referencia fue escogido para revisión mediante Auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número diez¹.

I. ANTECEDENTES

¹ Conformada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Diana Fajardo Rivera.

El siete (07) de julio de dos mil diecisiete (2017), la ciudadana Maritza Robayo Criollo interpuso acción de tutela en representación de su hija menor de edad, Gabriela Linares Robayo, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, que considera han sido desconocidos por la entidad accionada al negarse a otorgar el servicio de enfermería que su hija requiere, pues, al ser la fuente de ingresos de su núcleo familiar, no cuenta con la posibilidad de otorgar dichos cuidados por sí misma.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la actora sustenta sus pretensiones en los siguientes:

1. Hechos

1.1. La menor Gabriela Linares Robayo cuenta con 17 años de edad y padece de “*epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematurez extrema*”.

1.2. La representante, Martiza Robayo Criollo, madre de la menor Gabriela Linares Robayo, es una mujer madre cabeza de familia quien se constituye en la única fuente de ingresos de su núcleo familiar, el cual se encuentra compuesto por ella, sus 2 hijos menores de edad y su madre de 73 años de edad.

1.3. El núcleo familiar de la accionante se encuentra vinculado al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por estar calificado en el Sisben nivel 1.

1.4. La ciudadana Martiza Robayo Criollo suele otorgarle a su hija los cuidados que necesita con el auxilio de su señora madre, pero afirma que recientemente y debido al **(i)** crecimiento de su hija, **(ii)** la avanzada edad de su progenitora y **(iii)** su condición de madre cabeza de familia, se ha visto imposibilitada para brindarle en casa las atenciones que requiere para las terapias, medicamentos, alimentación, aseo y cuidados para evitar escaras.

1.5. Por lo anterior, afirma que, desde el año 2015 ha venido presentando insistentes solicitudes verbales a los médicos que la atienden para que ordenen la atención domiciliaria de enfermería que requiere su hija en razón a sus especiales condiciones de salud.

1.6. No obstante, indica que respecto de dichas solicitudes ha recibido respuestas igualmente verbales en las que sus médicos le indican que no son competentes para ordenar ese servicio.

1.7. El 15 de marzo de 2017, la accionante presentó ante Comfacundi E.P.S.-S. un derecho de petición en el que pretendió específicamente se le autorizara el servicio de enfermería domiciliaria que estima requerir.

1.8. Por su parte, la E.P.S. accionada respondió a la anterior solicitud mediante escrito del 28 de abril posterior e indicó que la E.P.S. no puede intervenir en los conceptos médicos que sean formulados, ni puede dar razón de los motivos por los cuales le fue negado el servicio de enfermería que pretende. De igual manera, considera que otorga todos los servicios médicos que su hija requiere y que han sido ordenados por el profesional de la salud tratante.

1.9. Finalmente, asevera que la salud de su hija se deteriora con el paso del tiempo, pues se ve imposibilitada para procurarle todos los cuidados que requiere, en razón a que debe ejercer diariamente su trabajo informal para garantizarle a su familia los medios básicos de subsistencia.

2. Material probatorio obrante en el expediente

2.1. Registro Civil de Nacimiento de la menor Gabriela Linares Robayo, en la que es posible evidenciar que su madre es la ciudadana Maritza Robayo Criollo².

2.2. Historia Clínica de Consulta Externa Pediátrica, en la que se indica que la menor Gabriela Linares Robayo padece actualmente de “*epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematurez extrema*”.³

2.3. Copia del derecho de petición radicado por la señora Martiza Robayo Criollo el 15 de marzo de 2017, ante la E.P.S. Comfacundi, en el que solicita se ordene autorizar el servicio de enfermería que requiere su hija.⁴

2.4. Copia de la respuesta otorgada el 28 de abril de 2017 por Comfacundi E.P.S. a la solicitud de la accionante, en la que indica que no es competente para interferir en el concepto de los médicos que han omitido ordenar el servicio de enfermería pretendido. Además, advierte que está garantizando todas las demás atenciones médicas que sí han sido ordenadas.⁵

² Folio 5 del cuaderno principal.

³ Folio 4 cuaderno principal.

⁴ Folio 2 cuaderno principal.

⁵ Folio 3 cuaderno principal.

3. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

La solicitante estima desconocidos los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de su hija, por la omisión de la accionada de hacerse cargo de los cuidados y atenciones que requiere la menor Gabriela Linares Robayo y que no tiene la capacidad de asumir, pues es madre cabeza de familia, trabaja de manera informal y tiene a su cuidado a otro hijo menor de edad y a su madre de 73 años.

Llama la atención en que su hija padece de numerosas afectaciones en salud que implican numerosos cuidados y atenciones constantes que no tiene la posibilidad de brindarle, pues debe trabajar diariamente para proveer los recursos mínimos para la subsistencia de ella y su núcleo familiar.

De igual manera destaca que su situación se ha visto empeorada por el crecimiento físico de su hija y el envejecimiento de su madre, quien antes le colaboraba con el cuidado de la menor.

4. Respuesta de la entidad accionada

Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C.

En contestación a la presente acción de tutela, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C. afirma que no ostenta la condición de Entidad Prestadora de servicios de Salud y, en consecuencia, escapa de su ámbito de competencia prestar los servicios solicitados por la accionante

No obstante, indica que si bien la accionante actúa en representación de su hija menor de edad y ésta (i) se encuentra en el nivel 1 del Sisben, (ii) ha sido diagnosticada con “epilepsia, retraso mental y cuadriparesia espástica”, no se acredita que requiera del servicio de enfermería pretendido, pues los médicos tratantes se han abstenido de ordenarlo, en razón a que lo que requiere son atenciones de cuidado personal, aseo, alimentación, cambio de posición, soporte de desplazamiento, entre otros, de manera que no se trata de servicios que deban ser prestados por una profesional de enfermería y que, en cambio, de conformidad con la Ley 1306 de 2009 artículo 6, deben ser garantizados por el cuidador familiar.

Es así como afirma que: “*si bien la paciente requiere de un cuidador ello no es sinónimo de un servicio de enfermera permanente (...), por no*

guardar pertinencia médica que haga necesaria la intervención de este recurso humano calificado”.

Igualmente, destaca que el servicio solicitado no puede ser cubierto por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un servicio sanitario que no cumple con los criterios de pertinencia médica, como sería la necesidad de suministrar medicamento parenterales, continuación de curaciones iniciadas en una instancia hospitalaria, preparación de mezclas, nutrición enteral por vía de enterostomías, o manejos de traqueotomía, colostomía, gastrostomía, anticoagulación, sondas, drenes, venoclisis o vías periféricas, entre otros.

Finalmente, subraya que resulta inadecuado que se entre a ordenar por el juez el servicio de enfermería pretendido, pues éste no ha sido ordenado médicamente y, proceder de esa manera, desconocería los protocolos médicos y el concepto del profesional de la salud que no lo determinó necesario.

En consecuencia, solicita ser desvinculado de la presente acción de tutela, por no haber generado afectación alguna a los derechos fundamentales en discusión. Sin embargo, solicita negar el amparo, pues la pretensión de la accionante no encuentra sustento médico científico.

El Pediatra Dilmer Guzmán Yara (médico tratante de la menor Gabriela Linares Robayo)

Mediante escrito del 13 de julio de 2017, el médico tratante de la menor en cuestión justificó su accionar profesional al indicar qué medicamentos y tratamientos ha ordenado y por qué. Adicionalmente, afirma que, si bien la accionante solicita la autorización del servicio de enfermería 24 horas, indica que en *“mi criterio solamente es necesario ofrecer el cuidado por enfermera durante 8 (ocho) horas diarias”*. Con todo, aduce que dicha prestación no resulta imprescindible para la vida de la menor, en cuanto su madre ha otorgado los cuidados requeridos.

5. Sentencia objeto de revisión

Primera Instancia

El Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), concedió el amparo solicitado en razón a que si bien no existe orden médica en virtud de la cual se haya ordenado la prestación del servicio de enfermería, sí se cuenta con el concepto del médico tratante al responder la presente

acción de tutela. En ese análisis, el profesional de la salud manifiesta que el servicio de enfermería solicitado podría resultar necesario por ocho (8) horas diarias.

Destaca que si bien ese concepto no es una orden médica en sentido estricto y en él se aclaró que no era imprescindible para la vida de la menor, lo cierto es que no se pueden desconocer las circunstancias fácticas del núcleo familiar de la menor, pues su madre debe trabajar, tiene otro hijo que cuidar y también tiene bajo su cargo a su madre de 73 años de edad.

Impugnación

Inconforme con lo resuelto, la E.P.S.-S. Comfamundi impugnó la decisión de primera instancia por considerar que no podía el juez conferir la prestación del servicio de enfermería si no existe una orden médica que así lo disponga.

Adicionalmente, resalta que en la Sentencia T-096 de 2016, la Corte expresó que la obligación de otorgar el cuidado y atención de una persona que no puede valerse por sí misma radica en cabeza de la familia, sin que puedan excusarse ni evadir dicha responsabilidad.

Segunda Instancia

El Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017), revocó la decisión proferida por el *a-quo* y, en su lugar, negó el amparo otorgado.

Para ello, sustentó su decisión en que, contrario a lo concluido en primera instancia, en estrictos términos no existe una orden médica que permita acreditar la necesidad del servicio solicitado. Lo anterior, pues si bien hay un pronunciamiento del médico tratante en el que afirma que son necesarias 8 horas de servicio de enfermería, “*no puede de manera alguna darse alcance de prescripción médica al concepto emitido*”.

Adicionalmente, llama la atención en que en ese mismo pronunciamiento el médico tratante asevera que dicho servicio no resulta indispensable para la vida de la menor, motivo por el cual no estima adecuado darle el alcance de orden médica que le fue otorgado por el *a-quo*.

En conclusión, considera que el juez constitucional no puede abrogarse funciones ajenas a sus competencias para determinar la necesidad de un servicio médico.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en sede de revisión en relación con el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política Colombiana, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

Con miras a dar solución a la situación de hecho objeto de análisis, esta Corporación deberá dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿Es procedente la acción de tutela para superar la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de una persona, cuando el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto un procedimiento jurisdiccional específico ante la Superintendencia Nacional de Salud para este tipo de pretensiones?
- (ii) ¿Se desconocen los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de un menor de edad al no autorizar la atención de enfermería domiciliar que su madre considera necesita, pero respecto de la cual no existe orden médica?
- (iii) ¿Es posible que, con ocasión a las facultades *ultra y extra petita* del juez constitucional, se modifique la *litis* propuesta y se enmarque la pretensión planteada en una que se considere es la idónea para superar la vulneración *ius-fundamental* en que el accionante aduce encontrarse?
- (iv) ¿Pueden verse desconocidos los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de un menor de edad que, por sus condiciones de salud, se encuentra impedido de valerse por sí mismo, cuando el Estado se abstiene de garantizarle la atención de un cuidador y su núcleo familiar se encuentra imposibilitado para brindarle dichos cuidados?

Para solucionar estos interrogantes, la Sala procederá a realizar un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre: (i) el derecho

fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional; (ii) la atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador; y (iii) el procedimiento jurisdiccional creado por la Ley 1122 de 2007 en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud; para, así, resolver el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que, la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dualidad enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por “salud” en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

En este orden de ideas, la salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*⁶, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de “calidad de vida”⁷, pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de “bienestar” (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse*

⁶ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, tal y como fue adoptada en la Conferencia Internacional de la Salud que se llevó a cabo entre el 19 y 22 de junio de 1946 en Nueva York; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de los 61 Estados (Registros Oficiales de la Organización Mundial de la Salud, no.2, Pág. 100.) y con entrada en vigencia el 07 de abril de 1948.

⁷ Sentencia T-201 de 2014.

*cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser*⁸, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-201-14.htm> - ftn29.

Por eso, la protección constitucional del derecho a la salud toma su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como *“la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”*⁹

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.¹⁰

3.2. En síntesis, el hecho de que la salud haya adoptado la naturaleza de un derecho constitucional fundamental implica que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para reclamar su garantía, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de otros de especial relevancia como la vida y la dignidad humana.¹¹

4. La atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de enfermería y cuidador. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido en la Ley 100 de 1993 ha dispuesto los mecanismos y estructuras a través de los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la salud de los colombianos (regulado mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015).

⁸ Ver sentencias T-355 de 2012 y T-201 de 2014.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-814 de 2008.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2014.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

4.2. En relación con las prestaciones que dicho sistema asegura para sus usuarios, la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 estableció el ahora denominado “Plan de Beneficios en Salud” en el cual se contempla la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC).

Al respecto, el artículo 26 prevé a esta modalidad de atención como una “*alternativa a la atención hospitalaria institucional*” que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de “*servicio de enfermería*” constituye una especie o clase de “*atención domiciliaria*” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.¹²

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnico-científicos propios de la profesión que no pueden ser obviados por el juez constitucional, por tratarse de una función que le resulta completamente ajena.¹³

4.3. En relación con la atención de cuidador¹⁴, es decir, aquella que 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, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud¹⁵.

¹² Ver, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

¹³ Ibidem.

¹⁴ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: “(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.*”

¹⁵ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico¹⁶, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado¹⁷. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta¹⁸. No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

En ese sentido, resulta pertinente llamar la atención en que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, mediante Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, estableció el listado de los procedimientos excluidos de financiación con los recursos del sistema de salud, entre los que omitió incluir expresamente el servicio de cuidador. Motivo por el cual se evidencia que este tipo específico de “servicio o tecnología complementaria”¹⁹ se encuentra en un limbo jurídico por cuanto no está incluido en el Plan de Beneficios, ni excluido explícitamente de él.

Por su parte, la Resolución 3951 del 31 de agosto de 2016²⁰ estableció el procedimiento para que, cuando se ordenen servicios complementarios, sea posible efectuar el recobro de los gastos generados ante el FOSYGA o, en el caso del régimen subsidiado, la entidad territorial correspondiente²¹. A pesar del establecimiento de las exclusiones explícitas, el sistema le ha dado a este servicio el tratamiento de aquellos

¹⁶ Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: “Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, 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”.

¹⁷ En Sentencia T-154 de 2014 la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó dos acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de unos individuos. En una de ellas la Sala estudió la negativa que se hizo del servicio de cuidador que fue solicitado y que tomó sustento en la consideración de la accionada de que dicho servicio debe ser proporcionado por el núcleo familiar del afiliado.

Al respecto, la sala determinó que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación que atienda directamente al restablecimiento de la salud, razón por la cual no debe ser, en principio, asumida por el sistema de salud. No obstante, la Sala concedió el amparo deprecado pues reconoció que si bien el deber de cuidado de un pariente enfermo es principalmente de la familia, de manera subsidiaria puede constituirse en una obligación que se imponga en cabeza de la sociedad y del Estado, quienes deben acudir a su ayuda y protección cuando la familia no pueda asumirlo.

¹⁸ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

¹⁹ De conformidad con la Resolución No 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.”

²⁰ Contenido que no fue alterado con la expedición de la Resolución 532 del 22 de febrero de 2017.

²¹ Normativa que debe ser leída en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 5928 del 30 de noviembre de 2016.

que no se financian con cargo a la UPC y, por tanto, habrán de ser recobrados al fondo o autoridad territorial correspondiente.

Se destaca que de conformidad con la interpretación dada por esta Corte a la Ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, en la Sentencia C-313 de 2014, la administración cuenta con la carga de desarrollar el sistema de salud como uno de naturaleza de exclusiones en virtud del que todo aquello que no se encuentre explícitamente excluido, se halle incluido.

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren²². Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos²³.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad²⁴, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: *“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 mas allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”*.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben

²² En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: *“el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.”*

²³ Es de destacar que adicionalmente en Sentencia T-154 de 2014 se reconoció que *“los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros)”*.

²⁴ Artículo 5 de la Constitución Política de Colombia.

socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.²⁵

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 Estado²⁶.

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 servicio²⁷.

²⁵ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

En específico, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016 se tiene que: “*es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.*”

²⁶ En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “*aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado circunstancias excepcionales que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.*”(negrillas fuera del texto original)

²⁷ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

Esta Corte En Sentencia T-208 de 2017 resolvió la situación jurídica de tres personas, entre las que es posible distinguir la del señor Carlos David Osorno, quien, por las patologías que lo afectaban, era absolutamente dependiente de su hermano. Por su parte, este último solicitó a la accionada le otorgaran atención domiciliaria, pues aducía no contar con la posibilidad de prestar por sí mismo las atenciones que su hermano requiere, ni, por sus condición económica, de contratar su prestación por un tercero.

Al respecto, la Corte consideró pertinente conceder el amparo impetrado y ordenar se suministre el servicio de cuidador domiciliario requerido, pues se consideró que “(i) la vida o integridad personal se ven amenazadas o vulneradas en la medida que no puede valerse por sí mismo; (ii) este servicio no puede ser sustituido por otro; (iii) la persona y su grupo familiar carecen de recursos para sufragar los costos del cuidador; y (iv) si bien el servicio que se requiere no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, se trata de un hecho notorio”.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio.

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

5. El procedimiento jurisdiccional creado por la Ley 1122 de 2007 en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud²⁸

Como se indicó en el acápite anterior, la acción de tutela únicamente procede cuando la protección requerida por el actor no cuenta con mecanismos judiciales ordinarios que puedan poner fin a la presunta vulneración que, de sus derechos fundamentales, aduce estar siendo víctima.

Al respecto, el artículo 41 la Ley 1122 de 2007²⁹ estableció un procedimiento judicial especial³⁰ cuyo direccionamiento se encuentra en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, el cual le permite, con las atribuciones propias de un juez y de manera definitiva, resolver en derecho controversias que se susciten entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sus usuarios. Dicho artículo delimitó la competencia de estas facultades a las controversias que surjan respecto de los siguientes asuntos:

²⁸ Reiterado de la Sentencia T-527 de 2017.

²⁹ Con las modificaciones que le han sido introducidas por la Ley 1438 de 2011

³⁰ Aparte del procedimiento ordinario laboral que resuelve las controversias relativas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- “a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;*
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;*
- c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*
- d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;*
- f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*
- g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”. (Subrayas fuera del texto original)*

Para ello, esa misma Ley determinó que este procedimiento especial se caracterizaría por ser: **(i)** iniciado a solicitud de parte, **(ii)** desarrollado mediante un procedimiento preferente y sumario, **(iii)** regido por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, debido proceso y eficacia de los derechos en discusión y **(iv)** informal, pues únicamente se requiere expresar las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la solicitud para que deba proferirse decisión al respecto.

Adicionalmente, se fijó que deberá ser resuelto dentro de los 10 días siguientes a la solicitud y podrá ser impugnado dentro de los 3 días posteriores su notificación.

Lo anterior, permitiría que, en el evento de realizarse un juicio *a priori* de este procedimiento, se concluya que se trata de uno que no solo es idóneo para otorgar la protección que se requiere en los eventos de controversias que surgen en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino también eficaz, porque establece un procedimiento preferente y expedito a través del que se puede obtener la protección requerida.

No obstante lo anterior, esta Corte ha evidenciado que, desde un estudio más detallado de este especial procedimiento, resulta necesario considerar que aún existen múltiples falencias en su diseño que no solo restan eficacia a la protección que pretende otorgar, sino que adicionalmente lo convierten en un procedimiento que, en últimas, no permite obtener ningún tipo de alivio a la situación de desprotección *ius-fundamental* en la que se encuentran quienes acuden a él.

Al respecto, la esta Corporación ha evidenciado que existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento³¹, estas son: **(i)** la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada pueda interponer³² y **(ii)** la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado.

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 encuentran³³.

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

³¹ Se llama la atención en que si bien esta Corporación en las Sentencias C-117 y C-119 de 2008 estudió la constitucionalidad de este procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior, la Corte jamás se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia.

³² Ver, entre otras, las Sentencias T-728 de 2014 y T-121 de 2015.

³³ Sobre el particular, en Sentencia T-121 de 2015, esta Corporación conoció el caso de un menor de edad a quien se le expidió una orden médica para la realización de dos procedimientos quirúrgicos diferentes, pero respecto de los cuales solo le autorizaron uno. En aquella ocasión, esta Corte consideró que el amparo solicitado era procedente pues, no obstante el actor contaba con el procedimiento ante la superintendencia para obtener la materialización de sus pretensiones, en ese caso se trataba de **(i)** un menor de edad (sujeto de especial protección), **(ii)** que requiere de una pronta atención y **(iii)** cuya situación ya se encuentra en sede de revisión; motivo por el cual estimó desproporcionado remitirlo a efectuar el trámite previsto ante la superintendencia de salud, sobre todo, porque éste no cuenta con un término para resolver la impugnación.

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 2016³⁴ 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.

Con todo, se evidencia que si bien se previó que el incumplimiento a las decisiones judiciales proferidas por la Superintendencia tendría los efectos previstos en el artículo 52 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, lo cierto es que no se fijó el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, ni de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, ni ante quien. Ello resulta especialmente gravoso si se considera que el mismo artículo 52, en concordancia que lo expuesto por esta Corporación en sentencia C-243 de 1996³⁵, establece que la sanción allí contenida solo es ejecutable una vez se ha surtido la consulta de la decisión, motivo por el cual cualquier decisión de desacato que pueda tomarse queda en el vacío jurídico hasta que no se efectúe dicho procedimiento, el cual, como se expuso, no se sabe ante quien se surtirá, ni de qué manera.

En ese orden de ideas, se tiene que el trámite judicial que efectúa la Superintendencia Nacional de Salud no solo adolece de un término en el que deba resolverse la impugnación, haciéndolo virtualmente infinito, sino que, además, dado el evento en el que se obtenga una resolución favorable, no existe un mecanismo efectivo a través del cual sea posible hacer exigible la decisión.

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación ha reconocido que **cuando quiera que estén en grave riesgo los derechos fundamentales del accionante**, y esta Corporación esté conociendo de un trámite de este tipo en sede de revisión, *“resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias”*³⁶.

³⁴ “El incumplimiento a lo ordenado en providencia judicial proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, bajo funciones jurisdiccionales, acarreará las mismas sanciones consagradas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.”

³⁵ En la que se declaró la inexecutable del fragmento que establecía el efecto devolutivo de la consulta, en cuanto estimó indispensable surtir el grado jurisdiccional de consulta para que la sanción impuesta pudiera surtir efectos, ello, dada la gravedad la sanción allí dispuesta.

³⁶ Ver Sentencia T-121 de 2015, reiterado en, entre otras, las Sentencias T-558 y T-677 de 2016.

En conclusión, se tiene que, en los eventos en que se requiere de una respuesta pronta por parte del solicitante en cuanto su situación particular no admite demora alguna, la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales.

III. CASO CONCRETO

1. Recuento fáctico

Corresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resolver la situación jurídica de una menor de edad que padece de “*epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematurez extrema*”, y respecto de quien su madre solicita la prestación del servicio de enfermería domiciliaria 24 horas al día, en cuanto asevera no poder brindarle las atenciones que diariamente requiere. La ciudadana Martiza Robayo Criollo considera vulnerados los derechos fundamentales de su hija con ocasión a la negativa de los médicos tratantes y de la EPS accionada de realizar la autorización correspondiente.

Respecto de la representante, Martiza Robayo Criollo, la Sala llama la atención en que **(i)** además de su hija Gabriela Linares Robayo (en nombre de quien interpone la presente acción de tutela), tiene a su cargo a otro hijo menor de edad, Arith Gabriel Linares Robayo y a su señora madre de 73 años; **(ii)** tiene la condición de madre cabeza de familia, en cuanto es quien, a través de su trabajo informal, provee los recursos económicos que su núcleo familiar requiere para subsistir, motivo por el cual no cuenta con la posibilidad de otorgarle a su hija, durante el transcurso del día, la totalidad los cuidados de aseo, alimentación, vestido y terapias de fisioterapia, entre otras, que requiere; y **(iii)** su núcleo familiar se encuentra calificado en el nivel 1 del Sisben.

2. Análisis de la vulneración *ius-fundamental*

De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, así como con los supuestos fácticos que circunscriben la controversia en discusión, se procederá a estudiar el caso particular de la actora con el objetivo de determinar si existe o no la presunta vulneración *ius-fundamental* en la que se alega está inmersa.

Estudio de procedencia

Como primera medida compete a la Sala determinar la procedencia del amparo invocado y, si se satisfacen a cabalidad la totalidad de requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado para avalar la excepcional intervención del juez constitucional a una situación en concreto.

En el presente caso, se tiene que el estudio de procedencia de la presente acción debe flexibilizarse a la luz de las especiales condiciones de la menor Gabriela Linares Robayo, quien cuenta con numerosos factores de debilidad que la hacen acreedora a una especial protección constitucional por parte de las autoridades Estatales. Al respecto, resulta evidente a la Sala que se trata de **(i)** una menor de edad, **(ii)** que padece de numerosas afectaciones en salud que le impiden un normal desarrollo, así como procurarse por sí misma los cuidados básicos que su cuerpo requiere, y **(iii)** quien, al encontrarse incluida en el Sisben, no cuenta con los medios económicos básicos para ejercer con normalidad sus derechos.

En lo relativo a la **legitimación por activa** para interponer la presente acción, se hace necesario considerar que ésta se encuentra satisfecha en el caso en concreto, en cuanto, si bien el amparo fue solicitado por la ciudadana Martiza Robayo Criollo aduciendo representar los intereses de su hija menor de edad, Gabriela Linares Robayo, resulta claro a la Sala que **(i)** la representación legal es uno de los medios ideados por el legislador a través del cual puede una persona actuar en representación de los intereses de otra³⁷; y **(ii)** la condición de madre de la señora Martiza Robayo Criollo se encuentra acreditado en el expediente.³⁸

Se considera que la accionante acudió a la presente acción constitucional en pleno cumplimiento del requisito de **inmediatez**, dado que **(i)** la negativa de la accionada a autorizar el servicio de enfermería que pretende, tuvo lugar el 28 de abril de 2017, y se evidencia que la tutela fue incoada el 07 de julio de ese mismo año, esto es, poco más de dos meses después del momento en que se configuró la negativa acusada como vulneradora de los derechos fundamentales de su hija. Adicionalmente, **(ii)** se tiene que la atención pretendida corresponde a un servicio periódico y permanente, motivo por el cual la vulneración debe ser considerada como actual.

³⁷ En Sentencia T-481 de 2016, se indicó: “*la representación legal, que es la potestad otorgada a una persona, ya sea por la ley, en el caso de los padres que ostentan la patria potestad con respecto a sus hijos menores de edad, o a través de una orden judicial, en el caso de los guardadores sobre las personas que han sido declaradas como interdictas y encargadas a su custodia, para ejecutar acciones en nombre de otra*”.

³⁸ Ver Registro Civil de Nacimiento (Folio 5 cuaderno principal)

Respecto del estudio de **subsidiaridad**, se tiene que, en principio, la accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo esta Corte ha reconocido que, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo que han impedido que pueda ser considerado como un procedimiento que, dadas las complicadas condiciones de salud de la solicitante y la expedita naturaleza de la protección que requiere, cuente con el suficiente nivel de idoneidad y eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional.

Ello, pues como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, a pesar de que se trata de una Ley proferida en el año 2011, el procedimiento que diseñó no cuenta con **(i)** un término para resolver las impugnaciones que sean presentadas, ni **(ii)** con un mecanismo establecido a través del cual sea posible obtener la materialización de lo que sea ordenado.

Adicionalmente, se tiene que la accionante se constituye en un sujeto con una triple condición de especial protección constitucional, cuya salud y condiciones de vida están siendo puestas en riesgo. Por esto, resulta evidente que si bien formalmente existen mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales el accionante puede obtener la materialización de sus pretensiones, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional sobre la *litis* sometida a conocimiento, pues no existe otro mecanismo de defensa que permita superar idónea y eficazmente esta situación.

Finalmente, se tiene que, dada la situación de la menor, se encuentra acreditado el requisito de **relevancia constitucional**, pues se trata de un sujeto de especial protección a quien presuntamente se están desconociendo sus derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social.

Análisis de la presunta vulneración *ius-fundamental*

1. En el caso *sub-examine* se tiene que la presente acción de tutela fue incoada con el objetivo de que a la menor Gabriela Linares Robayo se le otorgue la atención por enfermería que presuntamente requiere 24 horas al día.

Por lo expuesto, la Sala comenzará el estudio de la situación fáctica propuesta desde la metodología planteada en la formulación de los problemas jurídicos, esto es, primero **(i)** se abordará la pretensión de la solicitante relativa a la procedencia del servicio de enfermería solicitado, después **(ii)** se estudiará si, con ocasión a las facultades *ultra y extra petita* del juez constitucional, resulta posible a éste modificar la *litis* propuesta y enmarcar la pretensión en un servicio que considere es el idóneo para la situación particular de la solicitante; y **(iii)** finalmente, se abordará la situación particular de la menor Gabriela Linares Robayo a la luz de esta nueva pretensión.

1.1. En ese orden de ideas, siendo el servicio de enfermería la pretensión principal de la acción de tutela que convoca en esta ocasión a la Corte, se hace necesario destacar que, bajo el entendimiento que se ha hecho de dicho servicio en el sistema de seguridad social en salud actual, resulta claro que se trata de una atención médica que se expide ante la necesidad evidenciada por el galeno tratante de otorgar servicios especializados y calificados por parte de un profesional y, así, conferir un tratamiento en salud específico.

Por lo anterior, resulta diáfano que, como lo aduce la accionada, se trata de una prestación que requiere necesariamente del aval del médico tratante y que no puede ser autónomamente autorizada por el juez constitucional, en cuanto ello implicaría que este termine por exceder sus competencias y experticias al desconocer cuales son los criterios técnicos-científicos que deben configurarse para determinar su necesidad.

Es por ello que, en este caso, al evidenciarse que la accionante no cuenta con una orden en este sentido, esto es, que determine la necesidad del servicio de enfermería solicitado, no puede pretender desconocer el razonamiento calificado del profesional de la salud que valoró su situación particular y concluyó en contrario.

1.2. No obstante, es necesario estudiar la posibilidad de que exista otro servicio o atención que pueda ser prestado a la menor Gabriela Linares Robayo, en cuanto efectivamente requiere de atenciones especiales que, si bien no demandan de los servicios de un profesional de la salud, no tiene la posibilidad de recibir como producto de sus condiciones de vida y de las de su núcleo familiar.

De ahí que, con ocasión a las facultades *ultra* y *extra petita*³⁹ con las que cuenta el juez constitucional, la Sala estima necesario evaluar si existe algún otro factor a partir del cual sea posible superar la especial situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentra la accionante.

Sobre estas facultades excepcionales, la Corte, en Sentencia SU-195 de 2012, señaló que:

“En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.”

Para la Sala es claro que la accionante se encuentra en una evidente condición de dependencia y requiere de atenciones que, si bien no se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de sus patologías (aseo personal, alimentación, vestido, terapias de fisioterapia, cambio de posición, soporte de desplazamiento, y cuidados para evitar escaras, entre muchas otras), siguen siendo indispensables y pueden llegar a tener injerencia no solo en su efectiva recuperación o en la estabilidad de su condición de salud, sino en su dignidad misma como ser humano.

Se destaca que, si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de “cuidador”; servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe

³⁹ En sentencia T-886 de 2000 esta Corte, consideró que la acción de tutela: “reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos *ultra* o *extra petita*. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental”.

ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible éste se desentienda.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte también ha evidenciado la existencia de eventos excepcionales en los que, a pesar de que la carga de prestar este tipo de atenciones radica, en principio, en la familia, ella puede llegar a trasladarse e imponerse en cabeza del Estado, esto es, cuando **(i)** existe certeza sobre la necesidad de las atenciones y **(ii)** el primer obligado a asumirlas (el núcleo familiar) se encuentra imposibilitado para otorgarlas.

En el presente caso, se estima clara la acreditación del primer requisito en cuanto las especiales condiciones de salud de la menor implican que requiere de estos cuidados pues le resulta imposible garantizárselos por sí misma.

En relación con el segundo de los requisitos, se evidencia que en la parte considerativa de esta providencia se fijaron unos factores para poder entender que existe esa “imposibilidad material”⁴⁰, los cuales serán verificados a continuación.

La Sala considera acreditada tanto la **incapacidad física**, como la **imposibilidad de recibir el entrenamiento o capacitación requerida** de los miembros del núcleo familiar de la menor, el cual se encuentra compuesto por el hermano de la paciente, su abuela y su señora madre.

Esa conclusión que se sustenta en que: **(i)** el hermano menor de la accionante, por su edad (11 años), no puede responsabilizarse de asumir la totalidad de cuidados requeridos. Además, no le es exigible que deba suspender su proceso educativo para el efecto; **(ii)** la abuela de la actora tiene actualmente 73 años de edad y, como producto de ésta, no tiene las facultades físicas para estar alzando y moviendo a una menor de 17 años, cuyo tamaño y peso no puede ser subestimado; y **(iii)** la ciudadana Martiza Robayo Criollo, madre de la menor accionante, tiene la condición de “madre cabeza de familia” y debe trabajar informalmente para procurar los recursos económicos del resto de su núcleo familiar, así como velar por los cuidados de todos, motivo por el cual resulta insostenible exigirle que deje de proveer económicamente a su familia para dedicarse a garantizar la totalidad de cuidados que su hija requiere.

Finalmente, en relación con la **carencia de recursos económicos** para asumir el costo de contratar la prestación de las atenciones requeridas, se

⁴⁰ En los términos del numeral 4.2. de la presente providencia.

tiene que la accionante y su núcleo familiar son personas de escasos recursos económicos que se encuentran calificados en el nivel 1 del Sisben, esto es, aquel en el que se encuentran las personas en condiciones económicas más precarias. Por ello, resulta evidente que (i) la ciudadana Martiza Robayo Criollo no cuenta con una fuente estable de recursos y debe proveer lo suficiente para toda su familia; y (ii) con los pocos recursos que recibe debe sufragar las necesidades de su núcleo familiar, es claro que carecen de la posibilidad de contratar los servicios de un tercero para que le brinde a la accionante las atenciones que requiere.

En consecuencia, considera la Sala que, en el presente caso, se encuentran configurados los requisitos referidos para que la obligación de procurar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado, motivo por el cual solo resta definir el alcance temporal de dicha prestación. Para ello, la Sala considera pertinente traer a colación la contestación realizada a la presente acción de tutela por el médico tratante de la menor Gabriela Linares Robayo, el profesional de la salud Dilmer Guzman Yara, y en la cual afirma que, en su criterio, únicamente es necesario otorgar los cuidados que la menor requiere durante 8 horas al día⁴¹, lo cual concuerda con la jornada normal de trabajo y permitiría de esta manera que la accionante reciba los cuidados que necesita, mientras su madre procura los medios económicos mínimos de subsistencia del núcleo familiar.

Por lo expuesto, y, como producto de las especiales condiciones que circunscriben el caso en concreto, la Sala **REVOCA** la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017), que revocó el amparo dispuesto por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia del diecinueve (19) de julio de ese mismo año, y, en consecuencia, se dispone **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la protección *ius-fundamental* otorgada por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá al derecho a la salud de la menor Gabriela Linares Robayo y **ADICIONAR** el fallo de manera que también se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

En ese sentido, se dispone ordenar a Unicajas Comfacundi E.P.S.-S. para que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo,

⁴¹ Se llama la atención en que si bien en su escrito el médico tratante aduce que la accionante puede requerir servicio de enfermería por 8 horas diarias, la Sala estima que se refiere a los cuidados de aseo y movilidad referidos en esta decisión, en cuanto específicamente dice que dicho servicio no resulta indispensable en cuanto está siendo brindado por la madre de la accionante.

autorice y suministre 8 horas diarias de servicio de cuidador a domicilio, a fin de atender todas las necesidades básicas que la accionante no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que la aquejan.

Síntesis:

Corresponde a la Sala Novena de Revisión la solución de la situación jurídica de la menor Gabriela Linares Robayo que padece de “*epilepsia generalizada, PC tipo cuadriparesia, retraso mental grave [y] prematurez extrema*” y respecto de quien, su madre, actuando en su representación, considera necesario le suministren el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas. A pesar de solicitar específicamente el servicio tanto a los médicos tratantes, como a directamente a Unicajas Comfacundi E.P.S.-S, ha recibido respuestas negativas y, por ello, acude a la presente acción de amparo.

La madre de la accionante aduce no poder otorgarle a su hija todos los cuidados que necesita, en razón a que tiene la condición de madre cabeza de familia y cuenta con la obligación de procurar por el sustento económico de su núcleo familiar. Adicionalmente, afirma tener a su cargo otro hijo menor de edad y a su madre de 73 años, motivo por el cual no ha podido prestarle a su hija la totalidad de las atenciones que requiere y teme por el deterioro de su estado de salud.

La Sala considera que la solicitud de amparo incoada cumple con los requisitos de **(i) legitimación**, en cuanto la solicitante efectivamente ostenta la condición de madre de la menor y, en consecuencia, la representa legalmente, **(ii) inmediatez**, pues **(a)** acudió al presente mecanismo de protección constitucional con tan solo dos meses de posterioridad al hecho que se reputa vulnerador y **(b)** aún necesita de dicho servicio, por lo que la vulneración alegada es actual, **(iii) subsidiaridad**, puesto que, si bien en principio contaría con el procedimiento jurisdiccional creado ante la Superintendencia Nacional de Salud, se tiene que éste aún cuenta con varios vacíos normativos que le restan eficacia.⁴² Adicionalmente, se llama la atención en que la accionante es en un sujeto con una triple condición de especial protección constitucional y, por tanto, requiere de una solución inmediata a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra, y **(iv) relevancia constitucional**, en razón a que se aducen como desconocidos derechos de

⁴² Entre otros, **(i)** la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de impugnación en contra de la decisión que pueda ser adoptada y **(ii)** la falta de reglamentación del procedimiento a través del cual se obtendrá el cumplimiento de lo ordenado o se declarará el desacato de quienes se abstengan de hacerlo.

raigambre fundamental como lo son la salud, la vida en condiciones dignas y la seguridad social.

Ahora bien, respecto del fondo de la *litis* propuesta, la Sala considera que, en el presente caso la pretensión de la accionante se encuentra específicamente dirigida a obtener la autorización del servicio de enfermería que considera su hija requiere, pero respecto del cual no cuenta con orden médica que así lo dictamine. Por ello, resulta claro para esta Corporación que, el servicio de enfermería, al ser uno de naturaleza eminentemente médica y que propende por atender las particularidades de determinadas patologías, debe necesariamente ser ordenado por el médico tratante del afiliado, sin que pueda el juez constitucional abrogarse competencias que exceden su ámbito de experticia.

Se estima que la situación de especial vulnerabilidad de la menor accionante requiere ser abordada y resuelta, pues sigue necesitando de atenciones que su familia aduce no tener la capacidad física y económica de garantizarle.

Al respecto, concluye la Sala que, dado el tipo de cuidados que requiere la accionante, estos se pueden encontrar comprendidos dentro del servicio que se ha denominada como de “cuidador”, el cual ha sido reiteradamente analizado por esta Corporación. En consecuencia, considera necesario estudiar la viabilidad de realizar un pronunciamiento *ultra y extra petita* que ordene el suministro de este servicio complementario.

La Corte evidencia que el servicio de cuidador, en virtud del principio de solidaridad, ha sido reconocido como uno que debe ser asumido, en principio, por el núcleo familiar del paciente; sin embargo, esta misma Corporación ha reconocido que dicha exigencia no es absoluta en cuanto existen eventos excepcionalísimos en los que resulta desproporcionado mantener este requerimiento, pues, una interpretación en contrario, implicaría desconocer la dignidad del paciente y afectar los derechos de su familia.

De ahí que, cuandoquiera que **(i)** resulte evidente la necesidad de esta clase atenciones por parte del paciente, y **(ii)** su núcleo familiar se encuentre materialmente imposibilitado para otorgarlas⁴³, se hace

⁴³ Esto es, que el núcleo familiar del paciente: **(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

mandatorio que sea el Estado quien entre a suplir dicha imposibilidad y garantice la prestación del servicio.

De conformidad con lo expuesto, para la Sala resulta claro que, dadas las condiciones particulares de la accionante y de su núcleo familiar, estos requisitos se encuentran plenamente satisfechos.

Se considera que la accionante efectivamente requiere de cuidados relativos a su aseo personal, alimentación, vestido, terapias de fisioterapia, cambio de posición, soporte de desplazamiento y cuidados para evitar escaras, entre muchos otros, y, con ocasión a las patologías que la afectan, no cuenta con la posibilidad de procurárselos por sí misma.

En relación con la capacidad de su núcleo familiar de otorgarle dichos cuidados, se tiene que (i) físicamente se encuentran incapacitados para el efecto, en cuanto (a) la madre de la accionante, en su condición de madre cabeza de familia, debe trabajar para procurar el sustento básico de su núcleo familiar y (b) los demás miembros de éste, son muy jóvenes o de la tercera edad y no pueden hacerse cargo de dichos cuidados. Adicionalmente, (ii) se evidencia que la accionante y su familia se encuentran calificados en el nivel 1 del Sisben, lo cual hace evidente la incapacidad económica en que se encuentran para sufragar los costos de contratar a alguien que cuide de la menor Gabriela Linares Robayo.

En conclusión, la Sala Novena de Revisión de la Corte constitucional decide conceder el amparo *ius-fundamental* invocado, pero no respecto del servicio de enfermería pretendida, sino en relación con el de “cuidador”, el cual se considera es aquel que le permitirá a la accionante superar el estado de indefensión en que se encuentra.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia **REVOCAR** el fallo de segunda instancia proferido

parientes encargados del paciente y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo que contratar la prestación de ese servicio comporta.

por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017), en cuanto **revocó** la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia del diecinueve (19) de julio de ese mismo año, que había otorgado la tutela constitucional del derecho fundamental a la Salud de Gabriela Linares Robayo. En consecuencia, se dispone **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la protección *ius-fundamental* otorgada por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá al derecho a la salud de la menor Gabriela Linares Robayo y **ADICIONAR** el fallo en el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a Unicajas Comfacundi E.P.S.-S. para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre ocho (8) horas diarias de servicio de cuidador a domicilio, a fin de atender todas las necesidades básicas que la accionante no puede satisfacer autónomamente debido a las enfermedades que la aquejan.

TERCERO.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase y Archívese.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-065/18**

Referencia: Expediente T-6.423.733

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RIOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión el 26 de febrero de 2018, en el expediente de la referencia, presento Salvamento Parcial de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Aunque comparto la verificación de requisitos de procedencia de la tutela y la valoración del acervo probatorio, coincido en cuanto a que el grupo familiar no está en posibilidad de continuar con el cuidado requerido por Gabriela Linares Robayo, lo cierto es que, tal como se advierte en la Sentencia, el servicio de cuidador no está incluido en los servicios a cargo de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, y que no existe orden médica que prescriba este servicio. Igualmente se reconoce, en el apartado “**Síntesis**” que, dando aplicación al mandato de la Ley Estatutaria de Salud, corresponde al médico la determinación de los medicamentos, tratamientos y procedimientos que deben darse a los pacientes, “*sin que pueda el juez constitucional abrogarse competencias que exceden su ámbito de experticia*”.

Sin embargo, el fallo concluye que se “*encuentran configurados los requisitos referidos para que la obligación de procurar los cuidados de un paciente se traslade al Estado, motivo por el cual solo resta definir el alcance temporal de dicha prestación.*”, con lo cual otorga una protección definitiva y con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

De manera que, en primer lugar, la sentencia debió considerar la participación de otras entidades y recursos estatales, diferentes a los que tienen su fuente en el sector salud, para atender las necesidades de seguridad social. En el caso particular de la accionante, quien reside en

Bogotá, resultaba pertinente evidenciar los programas y proyectos que desarrolla la Secretaría Distrital de Integración Social, en particular la “Política Pública de Discapacidad”⁴⁴ el cual cuenta con un “PORTAFOLIO DE SERVICIOS SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL” y desarrolla los “SERVICIOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS CUIDADORAS Y CUIDADORES”, políticas orientadas a la inclusión social, mediante la provisión de servicios que buscan garantizar los derechos a la alimentación, recreación, salud, protección y el desarrollo humano.

En segundo lugar, bajo esa perspectiva, la protección no debió ser otorgada con carácter definitivo y a cargo del sistema de salud, sino que debió ser transitoria, a fin de procurar que la tutelante se ajustara a los procedimientos y requisitos que dan lugar al reconocimiento de la prestación requerida dentro del plan de beneficios en salud. Así mismo para ordenar al Distrito Capital, a través de la Secretaría Distrital de Salud (vinculada al proceso) y de la Secretaría Distrital de Integración Social, acompañar el proceso de evaluación médica, para que en caso de no proceder la aplicación de cuidados paliativos u otros cuidados a cargo de los recursos de la Salud, se incluya a la accionante en el Portafolio de Servicios Secretaría Distrital de Integración Social.

Respetuosamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

⁴⁴<http://www.integracionsocial.gov.co/index.php/politicas-publicas/la-sdis-aporta-a-la-implementacion/politica-publica-enfoque-diferencial/politica-publica-discapacidad-para-el-distrito-capital>