

Sentencia T-260/20

Referencia: Expediente T-7.414.172

Acción de tutela instaurada por Luz Mercedes Pulido Hinojosa actuando como agente oficiosa de Juan Carlos Pulido Hinojosa contra COMPENSAR EPS.

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Diana Fajardo Rivera, 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 y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá,¹ que confirmó la decisión del Juzgado Veinte Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá,² que declaró improcedente la acción de tutela que aquí se revisa.³

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Mercedes Pulido Hinojosa, en calidad de agente oficiosa de su hermano Juan Carlos Pulido Hinojosa, presentó acción de tutela en contra COMPENSAR EPS. Esto debido a que consideró que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y seguridad social de su hermano, con la negativa de la EPS de suministrarle el servicio de enfermera 24 horas y en su lugar dictaminar que solo requiere el de cuidador.

1. Hechos

1. El señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, de 55 años de edad, tiene Síndrome de Down profundo, retardo mental severo, hipertensión arterial, trastorno

¹ Sentencia proferida el 24 de abril de 2019.

² Sentencia proferida el 3 de abril de 2019.

³ El proceso de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección Número Seis, conformada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alberto Rojas Ríos, mediante Auto del 28 de junio de 2019.

deglutorio secundario, trastorno cognitivo severo, hipotiroidismo, artrosis, incontinencia dual, trastorno afectivo bipolar, síndrome de apnea obstructiva del sueño, síncope, lumbalgia, dermatomicosis, alergia a las sulfas, estreñimiento y verruga vulgar.⁴ Se encuentra afiliado a COMPENSAR EPS como beneficiario de su hermana Luz Mercedes Pulido Hinojosa.

2. El 14 de octubre de 2010 el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa fue internado en la Clínica Monserrat por presentar cuadro de *“agitación motora y heteroagresión sin ningún control de sus impulsos”*, atentando contra sus padres de 88 y 89 años, actualmente fallecidos. En ese momento, la accionada se negó a cubrir los servicios de salud del señor Pulido Hinojosa, por lo que se interpuso acción de tutela para la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

3. En respuesta a la tutela interpuesta, el Juzgado 69 Civil Municipal de Bogotá, el 14 de marzo de 2011, decidió conceder el amparo y ordenar la internación a un centro de rehabilitación integral, con el fin de que allí se le realizaran todos procedimientos necesarios para establecer su estado actual de salud. Además, se indicó que en el caso de que el paciente requiera permanecer internado, ese costo debía ser asumido por la EPS. Sin embargo, la decisión de suspender dicho internado solo podría realizarse de ser claro que el paciente cuenta con un entorno adecuado para el tratamiento de su enfermedad por fuera de la institución psiquiátrica y con la garantía de que la EPS brinde atención domiciliaria y periódica, *“de acuerdo con el concepto que, sobre el particular, rinda el médico tratante”*.

4. En cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado de conocimiento, el 21 de diciembre de 2011, COMPENSAR ordenó tratamiento domiciliario de Juan Carlos Pulido Hinojosa, prestando, entre otros, el servicio de enfermería las 24 horas del día.⁵

5. En seguimiento de su tratamiento, el 12 de febrero de 2019, el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa asistió a cita médica en la cual se reiteró que continuaba con el servicio de enfermería al indicarse: *“paciente en compañía de enfermera (...) enfermera lo acuesta, levanta las piernas, colocan oxígeno”*.⁶

⁴ De la historia clínica del paciente a 12 de febrero de 2019 se puede advertir, entre otros aspectos, que el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa tiene “mayor deterioro cognitivo y motriz, más dependiente todavía en sus limitadas actividades diarias”. En la misma se le explica a su familiar que “las enfermedades de base pueden llegar a causar complicaciones e imprevistos de salud e incluso llegar a la muerte en cualquier momento, así como las complicaciones imprevisibles por edad o entorno del mismo, alergias, anafilaxis, infecciones, contagios, hemorragias, muerte súbita u otras causas de complicación o muerte.” Además, se indica que es totalmente dependiente para realizar sus actividades básicas diarias como comer, realizar actividades de aseo personal y moverse.

⁵ Folio 50. Orden médica sin fecha de Psiquiatría de la Clínica Monserrat donde refiere: “Paciente quien necesita cuidado de enfermería las 24 horas del día ya que no se puede hacer cargo de sus actividades de la vida diaria por lo cual se solicita enfermera auxiliar 24 horas.” Folio 53. Orden médica del 21 de diciembre de 2011 de Psiquiatría de la Clínica Monserrat en la que se “solicita enfermera especial 24 horas, el paciente debe ser supervisado constantemente por riesgo de caída y de auto o hetero agresión. Es completamente dependiente.”

⁶ Folio 15.

6. El 1 de marzo de 2019, por presentar infección urinaria, Juan Carlos Pulido Hinojosa fue hospitalizado en la Clínica La Colina. Dentro de las recomendaciones⁷ de su médica tratante Gina Hernández Paz, el 6 de marzo de 2019, se le ordenó “*continuar tratamiento domiciliario con: 1. Enfermera acompañante 24 horas*”.⁸

7. Después de 8 años contados desde el 2011 cuando el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa comenzó un tratamiento domiciliario, la EPS decidió negar la continuación del servicio de enfermera 24 horas. Por tal razón, el 11 de marzo de 2019 la accionante radicó petición⁹ ante COMPENSAR EPS en la que solicitó la autorización inmediata de dicho servicio.

8. El 13 de marzo de 2019, la médica tratante Jennyfer Álzate Franco de la Clínica La Colina reiteró la orden del 6 de marzo y señaló que el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa “*requiere continuar tratamiento domiciliario con: 1. Enfermera acompañante 24 horas*”, pero dicho servicio no le fue suministrado.¹⁰

9. El 15 de marzo de 2019 la accionada dio respuesta a la mencionada solicitud del 11 de marzo de 2019 en los siguientes términos: “*De acuerdo con la solicitud presentada a nombre de Juan Carlos Pulido queremos informarle que el paciente egresó el 13 de marzo de 2019 de la Clínica La Colina para manejo domiciliario para terminar tratamiento antibiótico y luego continuar en el programa domiciliario para paciente crónico; el plan de manejo que realizó el médico tratante de la Clínica La Colina ordenaba enfermería para entrenamiento al cuidador pues el paciente requiere manejo y acompañamiento por un cuidador ya que actualmente no tiene ninguna actividad que deba realizar una enfermera*”.¹¹ Sostuvo la accionante que la anterior respuesta carece de veracidad en razón a que no es cierto que la enfermera haya sido ordenada para entrenar al cuidador pues en las órdenes de egreso no se evidencia tal situación. Además, señaló que el médico tratante de Juan Carlos Pulido Hinojosa dispuso la continuidad del servicio de enfermería por 24 horas.¹²

⁷ Folio 19.

⁸ Folio 50. Ver pie de página No. 6.

⁹ Este hecho se encuentra acreditado con: (i) la orden médica del 21 de diciembre de 2011 de Psiquiatría de la Clínica Monserrat, obrante a folio 53 del cuaderno principal, en la que se “solicita enfermera especial 24 horas, el paciente debe ser supervisado constantemente por riesgo de caída y de auto o hetero agresión. Es completamente dependiente”; (ii) con la carta del 11 de marzo de 2019, obrante del folio 27 a 29, en la que la accionante puso de manifiesto la situación de que llevaban 7 años recibiendo el servicio de enfermería, y la accionada no lo negó al momento de contestar dicha carta; (iii) la situación de la continua prestación del servicio de enfermería fue planteada con la demanda de tutela y la accionada, al momento de contestar la tutela, no negó tal hecho, por lo cual se entiende que lo acepta. De hecho, en la contestación de tutela (folio 75) se reconoce que la parte accionante venía recibiendo el servicio de enfermería en cumplimiento de una acción de tutela y que a partir de la decisión de una junta médica interdisciplinaria se cambió dicho servicio por el de cuidador; y (iv) la parte actora allegó historias clínicas de fechas posteriores al 2011 en las que se ratifica la continuidad del servicio de enfermería, como se observa en la del 6 de marzo de 2012 (folio 49), la del 3 de noviembre de 2016 (folio 34), en las del 6 de agosto y 3 de noviembre de 2017 (folios 36 y 38), en la del 11 de febrero de 2018 (folio 40), en la del 11 de marzo de 2018 (folio 42), y en la del 3 de agosto de 2018 (folio 46).

¹⁰ Folio 25.

¹¹ Folio 33.

¹² Folio 25.

10. La hermana del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa señala que el cuidado de su hermano ha estado a su cargo desde que sus padres murieron. Sin embargo, sostiene que ella tiene 64 años de edad y no puede movilizarlo, bañarlo, darle comida (por cuanto se atraganta), cambiarle el pañal, entre otras actividades que deben realizarse diariamente y a cualquier hora del día. Indica que el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa es totalmente dependiente, y que ella no tiene la contextura física o vitalidad para hacerse cargo. Por otra parte, aclara que su hermano sufre de apnea y síncope, lo que hace necesario hacer “*maniobras especializadas*” para garantizar su vida, ajustando el oxígeno y prestando primeros auxilios, sin que ella tenga dichos conocimientos para hacerlo, ni siquiera con un entrenamiento. Adujo que no contar con el servicio de enfermería pone en riesgo la vida de su hermano por su delicada condición de salud y su especial situación de discapacidad mental¹³.

11. Concluye que es arbitraria la decisión abrupta e intempestiva de cambiar las condiciones de la autorización de Juan Carlos Pulido Hinojosa de que no requiere enfermera las 24 horas, pues por más de 8 años la ha necesitado y teniendo en cuenta que su deterioro físico se ha incrementado, su dependencia es absoluta, tiene alto riesgo de muerte súbita, y su entorno familiar ha cambiado en razón al fallecimiento de sus dos padres y a las circunstancias expuestas en el numeral anterior.

12. El 20 de marzo de 2019, Luz Mercedes Pulido Hinojosa, actuando como agente oficiosa de su hermano Juan Carlos Pulido Hinojosa, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra COMPENSAR EPS, por considerar que la negativa de esa Entidad a autorizar el servicio de enfermería las 24 horas del día, necesario para el tratamiento y cuidado de su hermano, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana y seguridad social.

2. Respuesta de la Entidad accionada¹⁴

13. La apoderada judicial de COMPENSAR EPS señaló que al usuario se le han autorizado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho como afiliado al Plan de Beneficios de Salud (en adelante PBS) de acuerdo con las coberturas que por ley se encuentran indicadas y autorizadas desde que fue afiliado a esa EPS e incluso le han aprobado servicios no incluidos en dicho plan. Por otra parte, indicó que la IPS FORJA, prestadora de los servicios de salud con convenio con esa EPS, refirió en comité interdisciplinario del 18 de marzo de 2019 “*paciente con tutela integral no específica de enfermería, actualmente requiere únicamente cuidador, paciente con red de apoyo suficiente para generar apoyo efectivo, ante solicitud actual Forja Empresas genera enfermería en domicilio para entrenamiento al cuidador, el cual se hará durante un mes con enfermería 24 horas inicio 13 de marzo de 2019 terminará el 13 de abril de 2019 y posteriormente una semana con enfermería diurna 12 horas es decir del 14*

¹³ Refiere que actualmente se está prestando el servicio de enfermería para suministrar el antibiótico intravenoso.

¹⁴ 27 de marzo de 2019. Folios 73 a 87.

de abril de 2019 al 20 de abril de 2019 semana en la cual tendrá una visita de seguimiento de enfermería superior para verificar entrenamiento del cuidador”. Finalmente, la EPS consideró que, conforme a la Resolución 6408 de 2016, lo solicitado por la accionante es un cuidador, lo cual le corresponde asumir a la familia o a quien ella delegue en pro de que se le proporcione el cuidado y la protección social del paciente, aunado a las obligaciones de alimentos, civiles y constitucionales (en virtud del principio de solidaridad).

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

14. *Primera instancia.* El Juzgado Veinte Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, en sentencia del 3 de abril de 2019,¹⁵ declaró improcedente la tutela en razón a que la petición de la accionante ya fue objeto de decisión constitucional mediante sentencia en la que se determinó que el servicio de atención domiciliaria y periódica debe ser suministrado por la EPS accionada conforme a lo que determine su médico tratante, de modo que dicha situación inhabilita a ese Despacho para realizar algún tipo de pronunciamiento, al no ser el funcionario encargado de verificar el cumplimiento de lo determinado en esa acción constitucional, sino que por el contrario, le corresponde a la tutelante iniciar el correspondiente incidente de desacato por el posible incumplimiento a la orden médica señalada.

15. *Impugnación.* La accionante impugnó el fallo de primera instancia en escrito en el que manifestó que los servicios de enfermería, vitales para el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, van a ser suspendidos sin verificar las condiciones de suspensión del mismo. Argumentó que se han presentado hechos nuevos (su deterioro físico se ha incrementado, su dependencia es absoluta, tiene alto riesgo de muerte súbita, su entorno familiar cambió por el fallecimiento de sus padres y solo la tiene a ella para su cuidado, quien tiene 64 años), situaciones que hacen necesario acudir a un nuevo trámite de tutela. Además, afirmó que “no fue valorado por el Despacho [que] mi poderdante es la única acompañante de Juan Carlos, (...) [y que] por su edad (64 años) no puede [prestarle la ayuda requerida]”.¹⁶

16. Respecto del Comité Médico realizado el 18 de marzo de 2019, indicó que no cumple con los requisitos para ser tenido en cuenta como prueba, en razón a que hizo ver que no hay orden médica que respalde el servicio de enfermería, cambiando en solo un par de días los conceptos médicos que han amparado la necesidad del servicio de enfermería 24 horas. Además, no hay firma, documento de identidad ni registro médico de ninguno de los profesionales de la salud que conformaron dicho Comité, el cual se compuso de especialistas como pediatra y geriatra, que nada tienen que ver con las patologías de Juan Carlos Pulido Hinojosa. Tampoco figuran su médico o sus enfermeras tratantes. Para el mencionado Comité, dice, no se valoró a Juan Carlos Pulido Hinojosa, ni se tuvo en cuenta su estado de salud ni patologías.

¹⁵ Folios 88 a 92.

¹⁶ Folio 103.

Puntualizó que se suscribió un documento sin examinar al paciente poniendo en riesgo su vida.¹⁷

17. El 9 de abril de 2019, la EPS COMPENSAR mediante Oficio OYS 1487133, le indicó a la accionante que en cuanto a la solicitud del servicio de enfermería para el paciente Juan Carlos Pulido Hinojosa:

“[s]e llevó a cabo comité interdisciplinario donde se evaluaron las actividades puntuales de enfermería requeridas por el paciente de acuerdo con el plan de manejo y actividades puntuales del cuidador. Asimismo, se activó visita conjunta al domicilio del paciente de nuestra profesional de Trabajo Social y coordinación de enfermería con el fin de evaluar la pertinencia. Es así como se concluye lo siguiente:

1. Las actividades que actualmente requiere el paciente obedecen al rol de cuidador, ya que son actividades del día a día que no requieren asistencia de personal de enfermería.
2. Los medicamentos ordenados al paciente son suministrados por vía oral, actualmente no cuenta con medicamentos para suministro subcutáneo o endovenoso ni medicamentos que requieran vigilancia continua de signos vitales o supervisión por equipo técnico en salud.
3. Paciente cuenta con red de apoyo suficiente para las actividades antes descritas. (...)”.¹⁸

18. *Segunda instancia.* El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en Sentencia del 24 de abril de 2019,¹⁹ confirmó el fallo de primera instancia al considerar que en el presente caso se presenta temeridad por parte de la accionante en razón a que las partes, los hechos y las pretensiones son las mismas a las que dieron origen a la sentencia del 14 de marzo de 2011 y donde se ampararon los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa. Señaló que, si bien las pretensiones de la primera acción se basaron en que se continúe “*el tratamiento en la Clínica Monserrat, se autoricen los medicamentos, exámenes, tratamientos e insumos para la atención domiciliaria sin la necesidad de copagos o cuotas de recuperación*” y lo que hoy se pretende es el servicio de enfermería las 24 horas, ese servicio se concedió por el Juez 69 Civil Municipal de Bogotá y que si bien el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa “*se encuentra más gravoso*” esto se deriva de su enfermedad. En ese sentido indicó que “*ya suspendido el servicio de enfermería de 24 horas, se reitera que esa omisión por parte de la EPS es un incumplimiento a la orden dada por el juez constitucional, y por ende procedería el incidente de desacato*”.

¹⁷ Folios 99 a 106.

¹⁸ Folio 108.

¹⁹ Fallo del 24 de abril de 2019. Folios 4 a 10.

4. Actuaciones surtidas en sede de revisión

19. El 30 de julio de 2019,²⁰ la accionante informó al Despacho que, mediante auto del 29 de julio de 2019, el Juzgado 51 de pequeñas causas y competencia múltiple de Bogotá²¹ decidió abstenerse de imponer sanción a la accionada. Esto en el trámite del incidente de desacato con el cual la actora había solicitado el cumplimiento del fallo del 14 de marzo de 2011 proferido por ese Juzgado. En consecuencia, con dicho auto se ordenó el archivo de la actuación. El Juzgado fundamentó su decisión en que Juan Carlos Pulido Hinojosa no requiere de personal técnico o profesional en enfermería, según se observa en su historia clínica y en lo indicado por el médico tratante. Según el Juzgado en comento, el médico que viene asistiendo a Juan Carlos Pulido Hinojosa no ha proferido orden para que le sea suministrado personal técnico o enfermera. Por tanto, el Juzgado considera que no puede aseverarse que la EPS ha incumplido la orden impartida en el trámite tutelar, menos aun cuando la atención domiciliaria debía conceptuarla dicho médico.

20. Junto con el informe allegado por la actora, se aportó la mencionada decisión del 29 de julio de 2019, en la cual se observa que el Juzgado 51 de pequeñas causas y competencia múltiple de Bogotá sostuvo que: *“quien establece las prioridades o necesidades en salud de un paciente es el médico tratante y mal puede pretender que este estrado judicial impartiera una directriz para el cuidado o tratamiento del mismo cuando quiera que sería invadir órbitas que le son vedadas por la Constitución y la ley. Sumado a lo anotado, de hacerlo por este medio incidental, sería cambiar el fallo proferido vulnerando el principio no solo de la cosa juzgada sino también el derecho a la defensa y el debido proceso pues, se reitera, en momento alguno esta instancia señaló que el servicio aquí pedido debía dar sin orden previa del especialista en salud”*.²² Adicionalmente, en la mencionada providencia, el Juzgado en comento también indicó que aunque es verdad que durante 8 años el servicio de enfermería se le venía prestando a Juan Carlos Pulido Hinojosa, ello se debió a la existencia de órdenes dadas en tal sentido, las cuales fueron suspendidas por criterio médico y no por decisión unilateral de la EPS.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

21. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.²³

²⁰ Folio 40 del cuaderno de revisión.

²¹ Antes Juzgado 69 Civil Municipal de Bogotá.

²² Folio 46 del cuaderno de revisión.

²³ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

2. Cuestión Previa: inexistencia de cosa juzgada constitucional y temeridad.

22. Teniendo en cuenta la situación fáctica expuesta, se observa que antes de que la Sala analice la procedencia de la acción de tutela, es necesario que se resuelva, a manera de cuestión previa, si en el presente caso se configura la cosa juzgada constitucional y si se trata de una actuación temeraria. Esto debido a que los jueces de primera y segunda instancia manifestaron que la pretensión de la parte accionante ya fue objeto de pronunciamiento, pues en sentencia de tutela del 14 de marzo de 2011 se ordenó el servicio de enfermería las 24 horas del día en favor del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa. Al respecto, la parte actora argumenta que la presente acción tiene hechos nuevos que justifican que se haya acudido a un nuevo trámite de tutela.

23. Así las cosas, se recuerda que la cosa juzgada constitucional y la temeridad corresponden a dos fenómenos procesales distintos que se consolidan a partir de la presentación múltiple e injustificada de una misma acción de tutela, de manera que su consecuencia siempre será, de conformidad con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991,²⁴ el rechazo o decisión desfavorable del recurso de amparo respectivo.

24. Respecto de la *cosa juzgada constitucional*, esta Corporación ha señalado que se trata de una institución jurídico-procesal que enmarca de un carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones resueltas por las autoridades judiciales en sus sentencias, con lo que se garantiza el predominio del principio de seguridad jurídica, a través del respeto por la finalización imperativa de las causas litigiosas y, por tanto, su no perpetuación.²⁵

25. Asimismo, se ha precisado la consecuencia jurídica derivada del acaecimiento de la cosa juzgada y, en ese sentido, se ha indicado que en esos eventos el juez constitucional se encuentra llamado a declarar la improcedencia de la acción de tutela que ya ha sido resuelta previamente y de fondo por parte de otro o el mismo operador judicial, siempre que haya cobrado ejecutoria dicha decisión.²⁶

26. Como se observa, el aspecto determinante para la identificación de una cosa juzgada constitucional corresponde al “*ejercicio múltiple*”, ya sea sucesivo o simultáneo, de la acción de tutela. Esto se relaciona, en la práctica, con la denominada “*conurrencia de triple identidad*”, es decir, identificar si

²⁴ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

²⁵ Sentencia T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. Tal como lo ha advertido la Corte, en materia del recurso de amparo, el fenómeno bajo alusión se estructura en nuestro ordenamiento como un límite legítimo al ejercicio del derecho de acción, de manera que imposibilita “acudir de forma repetida e indefinida a los jueces de tutela, cuando el asunto ya ha sido resuelto en la jurisdicción constitucional, respetando así el carácter eminentemente subsidiario del mecanismo”.

²⁶ Esto último ocurre cuando: (i) se ha emitido un fallo por parte de la Corte Constitucional, o (ii) este Alto Tribunal ha decidido no seleccionar el expediente para proferir un pronunciamiento, lo que conduce a dejar en firme la última sentencia de instancia. Particularmente la sentencia SU-1219 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

se presenta un mismo objeto,²⁷ *causa petendi*²⁸ y partes;²⁹ a lo que se aúna la existencia de un pronunciamiento judicial en firme, en los términos que han sido expuestos anteriormente.³⁰

27. Por su parte, el fenómeno de la *temeridad* surge en nuestro contexto jurídico como una fórmula que sanciona el accionar doloso e injustificadamente irracional del recurso de amparo, con lo que se quebrantan “los principios de buena fe, economía y eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal”.³¹ En consecuencia, se trata de un actuar mediado por la mala fe del peticionario, por lo que necesariamente exige la acreditación cierta de dicho comportamiento, en razón a la consecuente improcedencia³² y la imposición de las sanciones previstas en los artículos 25 y 38 del ya citado Decreto 2591 de 1991 o en los artículos 80 y 81 de la Ley 1564 de 2012.³³

28. La configuración de la temeridad implica, entonces, que el caso no solo comparta la concurrencia de triple identidad a la que ya se ha hecho referencia al momento de caracterizar el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, sino también la acreditación plena del actuar doloso y de mala fe de quien activa el recurso de amparo.

29. Las dos figuras en comento no mantienen una relación de dependencia entre sí, pues de la existencia de cosa juzgada constitucional no necesariamente se deriva la configuración de la temeridad, pero tampoco de esta última deviene la primera, respectivamente, a menos que preexista una sentencia dictada por parte del juez de tutela y que haya cobrado ejecutoria, como se indicó con antelación.

²⁷ La identidad en el objeto se refiere a que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental.

²⁸ La identidad de causa petendi hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa.

²⁹ La identidad de partes requiere que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.

³⁰ Estos tres aspectos jurisprudencialmente se han consolidado como verdaderos derroteros determinantes para la identificación de cosa juzgada constitucional, por lo menos a partir de la Sentencia T-382 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver sobre el tema la Sentencia T-298 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

³¹ Así lo ha establecido esta Corte desde sus inicios. Vid. Sentencia T-327 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell

³² Se han identificado como comportamientos temerarios, por ejemplo, que el amparo: (i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o (iv) se pretenda asaltar la buena fe de los administradores de justicia. Sentencias T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; SU-713 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-089 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-516 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-679 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-389 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-266 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-497 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-327 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa y T-147 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³³ “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

30. En relación con el caso concreto, lo primero a considerar es que el expediente correspondiente a la primera tutela que interpuso la parte actora en el año 2011, que dio lugar a la sentencia de tutela del 14 de marzo de 2011, no fue seleccionado por la Corte Constitucional para revisión, por lo cual es evidente que cobró ejecutoria e hizo tránsito a cosa juzgada.

31. Así, la Sala considera que, con las acciones de tutela en comparación, pese a la identidad de partes y objeto, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional alegada, debido a que no se encuentra identidad de *causa petendi*, pues la presente acción de tutela versa sobre hechos nuevos que no se consideraron en la tutela del 2011. Ello en razón a que: (i) el estado de salud del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa se ha deteriorado; (ii) el entorno familiar cambió por el fallecimiento de sus padres y ahora solo cuenta con su hermana de 64 años; y, (iii) el 15 de marzo de 2019 la EPS accionada ratificó su decisión de suspender el servicio de enfermera 24 horas que había sido ordenado con la tutela del 14 de marzo de 2011, con el argumento de que un comité interdisciplinario consideró que actualmente solo requiere el servicio de cuidador.

32. En estos términos, la Sala concluye que no se demostró la cosa juzgada alegada por la parte accionada y aceptada por los jueces de instancia. Por tanto, resulta inane pronunciarse sobre el supuesto actuar temerario de la parte actora en el uso de la acción de tutela. En consecuencia, corresponde continuar con el análisis de procedibilidad.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

33. Para la Sala la acción de tutela revisada es procedente en razón a que cumple con los cuatro requisitos básicos que la constitución exige. A saber: (i) fue interpuesta por Luz Mercedes Pulido Hinojosa,³⁴ en calidad de agente oficiosa³⁵ de su hermano Juan Carlos Pulido Hinojosa, mediante apoderada judicial;³⁶ (ii) se presentó en contra³⁷ de una entidad que presta el servicio

³⁴ A folio 15 obra historia clínica de Juan Carlos Pulido Hinojosa en la que se indica que su hermana es la señora Luz Mercedes Pulido Hinojosa, quien cuenta con los mismos apellidos de Juan Carlos, de lo cual se deduce el parentesco. Con relación a Juan Carlos, está acreditado que padece diferentes enfermedades con las cuales se puede inferir que no está en condiciones de interponer por sí mismo una tutela.

³⁵ Esta Corte ha considerado que la existencia de la agencia oficiosa exige observar: (i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal, y (ii) que se evidencie que el titular del derecho fundamental no está en condiciones para promover su propia defensa. También se ha explicado que cuando en la tutela no se manifiesta expresamente la calidad de agente oficioso, este requisito se puede entender cumplido si las pruebas aportadas indican tal condición y que este busca la protección de los derechos fundamentales del agenciado. Además, las acciones de tutela presentadas por familiares de personas en condición de vulnerabilidad cumplen el requisito de legitimación en la causa con la figura de la agencia oficiosa. Al respecto, ver entre otras, las Sentencias T-424 de 2018 y T-061 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁶ Los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, prevén que este requisito se satisface cuando la acción de tutela es ejercida mediante apoderado judicial. En la Sentencia T-493 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) se afirmó que: “en el caso que la acción de tutela sea impetrada por medio de apoderado judicial, la Corte ha manifestado que debe ser abogado con tarjeta profesional y presentarse junto con la demanda de tutela un poder especial, que se presume auténtico y no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes a la acción de tutela, por medio del cual se configura la legitimación en la causa por activa sin la cual la tutela tendría que ser declarada improcedente”. En el presente caso, a folio 13 se allegó poder autenticado.

público de salud³⁸ (COMPENSAR EPS) por no autorizar el servicio de enfermería 24 horas necesario para el cuidado de su hermano; (iii) la tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos del agenciado y la presentación de la acción. Lo anterior teniendo en cuenta que la entidad demandada negó la autorización del servicio el 15 de marzo de 2019 y la tutela fue interpuesta el 20 de marzo de 2019, por lo que entre una y otra acción pasaron solo 5 días; y (iv) la parte actora no contaba con un mecanismo ordinario de defensa idóneo y eficaz para solicitar la protección de su derecho a la salud, por lo cual se satisface el requisito de subsidiariedad,³⁹ debido a lo que se expone a continuación:

34. (a) La Ley 1949 de 2019, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 1122 de 2007,⁴⁰ establece en su artículo 41 que la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante la Supersalud) es el medio de defensa judicial para resolver⁴¹, entre otros, los siguientes asuntos: (1) la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el PBS (antes llamado Plan Obligatorio de Salud), cuando la negativa por parte de las EPS, o entidades que se le asimilen, amenace la salud del usuario,⁴² y (2) los conflictos entre las Entidades Administradoras de PBS y sus usuarios por servicios y tecnología no incluidas en el PBS.⁴³

35. (b) En la Sentencia SU-124 de 2018⁴⁴ la Sala Plena unificó su criterio, entre otros aspectos, con respecto al requisito de subsidiariedad. Señaló que el trámite jurisdiccional ante la Supersalud es el mecanismo principal y prevalente para que los usuarios del Sistema de Salud soliciten la protección de su derecho fundamental a la salud en los casos previstos en la Ley 1122 de 2007, posteriormente modificada por la Ley 1438 de 2011 y la Ley 1949 de 2019. Así, si bien la acción de tutela tiene un carácter residual en estos casos, el juez de tutela debe verificar, en cada caso, si el mecanismo jurisdiccional administrado por la Supersalud resulta idóneo y eficaz teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y el funcionamiento práctico de dicho mecanismo. Con posterioridad a la Sentencia SU-124 de 2018, la postura de

³⁷ Esta Corte ha dicho que este requisito se acredita cuando la tutela se interpone contra particulares que, según el Decreto 2591 de 1991, prestan servicios públicos, o cuando existe una relación de indefensión o subordinación. Al respecto se encuentra, entre otras, la Sentencia T-430 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁸ El inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud, como es el caso de COMPENSAR EPS.

³⁹ Según los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces según las circunstancias del caso concreto, o cuando se requiere evitar consumación de un perjuicio irremediable.

⁴⁰ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁴¹ La Corte Constitucional en Sentencias como la C-119 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y la SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, ha dicho que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia es de carácter principal y prevalente. Esta Corte ha desarrollado este tema en diferentes sentencias, entre las cuales se resalta la T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴² Literal a) del artículo 41 de la Ley 1949 de 2019.

⁴³ Literal e) del artículo 41 de la Ley 1949 de 2019.

⁴⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas.

la Corte ha mantenido, en términos generales, la aplicación de estos criterios.⁴⁵

36. (c) Dado lo anterior, se observa que con la acción de tutela objeto de análisis se pretende que se ordene una enfermera 24 horas en favor del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, lo cual constituye un servicio previsto en el PBS vigente al momento de la presentación de la tutela,⁴⁶ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución 5857 de 2018.⁴⁷ Por tanto, es claro que la Supersalud tiene competencia para conocer la solicitud de la parte actora. Sin embargo, se observa que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia no es idóneo ni eficaz para el presente caso, debido a los siguientes cinco motivos:

37. (1) Juan Carlos Pulido Hinojosa es un sujeto de especial protección constitucional, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad por enfermedad. Así lo evidencia la historia clínica aportada, que da cuenta que padece de Síndrome de Down profundo, retardo mental severo, hipertensión arterial, trastorno deglutorio secundario, trastorno cognitivo severo, hipotiroidismo, artrosis, incontinencia dual, y trastorno afectivo bipolar, entre otras patologías.⁴⁸ Al respecto, en la Sentencia SU-124 de 2018,⁴⁹ se explicó que la situación de vulnerabilidad del accionante es uno de los indicadores de la falta de eficacia de la Supersalud.

38. (2) En audiencia pública que esta Corte efectuó el 6 de diciembre de 2018 con motivo del seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008,⁵⁰ la Supersalud manifestó que en su rol jurisdiccional presenta un grave atraso en los trámites y que, por ende, la culminación de un proceso a su cargo se puede demorar más que una acción de tutela. Esta Corte ha considerado que dicha situación afecta la eficacia del mecanismo ante la Supersalud, pues sería desproporcionado exigirle a una persona en situación de vulnerabilidad que acuda ante un medio de defensa que se sabe que aún no está descongestionado.⁵¹

⁴⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-464 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, A.V. Alejandro Linares Cantillo; T-491 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, S.V. Alejandro Linares Cantillo; T-050 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-061 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-114 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, A.V. José Fernando Reyes Cuartas; T-117 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, A.V. José Fernando Reyes Cuartas; T-259 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; y T-485 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴⁶ La tutela fue radicada el 20 de marzo de 2019.

⁴⁷ “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”. El PBS de la Resolución 5857 de 2018 fue modificado el 26 de diciembre de 2019 mediante Resolución 3512 de 2019.

⁴⁸ Folios del 15 al 24.

⁴⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas. Esta reciente Sentencia es un hito dentro de la línea jurisprudencial sobre la materia, pues la Sala Plena unificó criterios con respecto al análisis del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela cuando se solicita la protección del derecho a la salud.

⁵⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵¹ En este mismo sentido se encuentran, entre otras, las Sentencias T-206 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, S.P.V. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-061 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

39. (3) Pese a que la Ley 1949 de 2019 introdujo diferentes cambios con los cuales se buscó mejorar la eficacia de la función jurisdiccional de la Supersalud, lo cierto es que la verdadera eficacia de tal mecanismo se mide, según cada caso, con el cumplimiento de las siguientes dos garantías mínimas: (i) debe ser un recurso a disposición de cualquier persona, que proteja y garantice materialmente el goce efectivo del derecho; y, (ii) la protección ofrecida debe ser pronta y cumplida. De lo contrario, no solo se estaría obstruyendo el goce del derecho a la salud, sino también el derecho al acceso a la administración de justicia. Al respecto, se resalta que el derecho a la salud ha sido amplia y claramente reconocido como un derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte y, hoy en día, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

40. (4) Así las cosas, se observa que a ninguno de los procesos que conoce la Supersalud le aplica, en la actualidad, un término tan expedito como el de los diez días en que debe ser fallada una acción de tutela.⁵² Al respecto, se tiene que el término más corto contemplado por la ley para casos como el presente es el de veinte días.⁵³ En consecuencia, es claro que, aunque pueda parecer un aspecto formal, esos diez días de diferencia pueden ser determinantes en los casos en que la vida, el bienestar y la dignidad de una persona dependen de una decisión judicial pronta, lo cual es común cuando se está solicitando la protección del derecho a la salud.

41. (5) La acción de tutela fue presentada por un agente oficioso. Sobre este aspecto, la jurisprudencia Constitucional ha identificado que la figura de la agencia oficiosa en el marco del mecanismo jurisdiccional ante la Supersalud opera de una forma más estricta y onerosa en comparación con el procedimiento en sede de tutela.⁵⁴ Por este motivo, cuando la tutela se

⁵² En Sentencia T-206 de 2013 se señaló que, además, la normativa tenía (y sigue teniendo) un vacío relacionado con el término para proferir una decisión en segunda instancia, si la de primera es impugnada. Si bien en ese momento la Supersalud debía emitir fallo en un plazo de diez días, “no se reguló el término otorgado para resolver en segunda instancia, lo cual genera una incertidumbre acerca de la duración total del trámite, pudiéndose afirmar tan solo, que su duración se extiende por más de 13 días hábiles”. La Corte encontró que “[l]o anterior reviste especial trascendencia, por cuanto al tratarse de derechos fundamentales como la salud, integridad personal o la vida, la indefinición del tiempo que se demore una decisión puede tener consecuencias mortales”. Así, las cosas, señaló que “la inseguridad causada por el vacío normativo” era un aspecto relevante para concluir que la acción de tutela era procedente, aún más en casos de sujetos de especial protección constitucional, como los que analizó en esa ocasión.

⁵³ Aplica a los asuntos previstos en los literales a), c), d) y e) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019: “a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia. || (...) c) Conflictos derivados de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados. || d) Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. || e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

⁵⁴ Al respecto, en la Sentencia T-061 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo, se explicó que hay una diferencia significativa entre la acción de tutela y el trámite ante la Supersalud cuando estos son iniciados por un agente oficioso. Esto debido a que el hecho de iniciar el proceso ante la Supersalud mediante un agente oficioso implica que se debe prestar caución y ratificar la demanda, lo cual podría generar que, a falta de estos, se suspenda o se declare terminado el proceso y se condene en costas al agente. Esto se identificó como

presenta mediante un agente oficioso, se entiende que el mecanismo ante la Superintendencia se torna ineficaz, debido a las inequitativas exigencias que tendrían que cumplir los agentes oficiosos si tuvieran que acudir ante dicha entidad.

42. Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia no es idóneo ni eficaz para el presente caso, por lo cual la presente acción supera el requisito de subsidiariedad.

43. El juez de tutela de primera instancia (el Juzgado Veinte Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá) decidió que no se podía acudir a la acción de tutela, porque la accionante tenía la opción de iniciar un incidente de desacato por el posible incumplimiento de la sentencia tutela del 14 de marzo de 2011 que había ganado. Sin embargo, tal argumentación no prospera en el presente caso debido a que: (i) como se explicó,⁵⁵ no se configuró el fenómeno de cosa juzgada. Por tanto, la parte accionante no podía contar con el incidente de desacato como un mecanismo de defensa judicial para sus actuales pretensiones; y (ii) a pesar de que no se configuró una cosa juzgada, la parte accionante intentó buscar una solución a su problemática al iniciar el incidente de desacato frente a la sentencia del 2011, pero este fue resuelto desfavorablemente.⁵⁶ Así las cosas, es claro que el cumplimiento del requisito de subsidiariedad del presente caso no se ve afectado con el argumento del incidente de desacato.⁵⁷

44. De conformidad con lo expuesto, se encuentran cumplidos los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el expediente objeto de análisis y, en consecuencia, corresponde plantear el problema jurídico del caso, la estructura de la decisión y realizar el correspondiente pronunciamiento de fondo.

4. Problema jurídico y estructura de la decisión

45. De acuerdo con los hechos y pruebas descritas, le corresponde a esta Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿Una entidad encargada de asegurar la prestación de los servicios de salud (en este caso una EPS) vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de una persona que sufre graves padecimientos de salud, al no prestarle el servicio de enfermería las 24 horas, que inicialmente había sido suministrado por orden del médico tratante, con fundamento en un nuevo dictamen médico que suspende el servicio de enfermería y señala que solo se requiere de cuidador, sin tener en cuenta el desacuerdo de la parte actora

una circunstancia que genera una barrera para el acceso al mecanismo ante la Supersalud, más demoras en el trámite, y un desincentivo para el agente oficioso.

⁵⁵ Ver los párrafos del 19 a 29 de la presente sentencia.

⁵⁶ Mediante auto del 29 de julio de 2019, el Juzgado 51 de pequeñas causas y competencia múltiple de Bogotá decidió abstenerse de imponer sanción a la accionada.

⁵⁷ Importa resaltar que en la Sentencia T-226 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. María Victoria Calle Correa, la Corte consideró que el incidente de desacato sí podría operar como un medio alternativo de defensa.

sobre la necesidad de la atención de enfermería y que la única familiar que podría ejercer como cuidador no cuenta con las condiciones físicas para ello?

46. Para dar respuesta a este interrogante, la Sala: (i) reiterará el precedente constitucional respecto del derecho a la salud; (ii) se referirá a los cuidadores y al servicio de enfermería; y, finalmente, (iii) resolverá el problema jurídico que se presenta en este caso.

5. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional⁵⁸

47. La salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, cuyo contenido ha sido definido y determinado por el legislador estatutario⁵⁹ y por la jurisprudencia constitucional.⁶⁰ En ese sentido, el servicio público de salud, consagrado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha sido desarrollado jurisprudencialmente, delimitando y depurando tanto el contenido del derecho, como su ámbito de protección ante la justicia constitucional. Por ejemplo, esta Corporación mediante Sentencia T-760 de 2008 estudió varias acciones de tutela sobre la protección del derecho a la salud⁶¹ e indicó que *“la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles”*. Eso sí, dejó claro que el carácter fundamental de un derecho no hace que todos los aspectos de este sean tutelables y que debido a la complejidad del derecho a la salud su goce puede estar supeditado a la disponibilidad de recursos materiales.⁶²

48. El desarrollo de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho,⁶³ fue el principal sustento jurídico de la Ley

⁵⁸ Ver Artículo 49 de la Constitución Política; diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Art. 12); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (Art. 25). La Ley 1306 de 2009 (contempla la protección del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad); y el Artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

⁵⁹ Ley Estatutaria 1751 de 2015. La revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara (Ley Estatutaria 1751 de 2015) fue hecha por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.V.P. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, A.V. María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, y Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁰ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa que señaló que la salud es “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”. Además, la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras, las Sentencias: T-547 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-233 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶¹ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la que la Sala de Revisión señaló que la salud como derecho fundamental fue protegido (i) mediante el uso de la figura de la conexidad, (ii) en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección y (iii) afirmando en general la fundamentalidad del derecho.

⁶² La Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶³ En Sentencia T-344 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa se vislumbró la falta de una adecuada regulación, así como un efectivo control y vigilancia del sector de la salud, como prerrequisito de una correcta prestación del servicio y garantía del goce efectivo de los derechos de afiliados y beneficiarios, en

Estatutaria de Salud⁶⁴ y sirvió para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud.⁶⁵

49. El artículo 8 de la Ley Estatutaria de Salud dispone que el servicio de salud debe responder al *principio de integralidad*, esto es, que debe ser prestado de manera eficiente,⁶⁶ con calidad⁶⁷ y de manera oportuna,⁶⁸ antes, durante y después de la recuperación de la salud del paciente.⁶⁹ Esta Corte se ha referido a la integralidad⁷⁰ en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante.⁷¹ Según la Sentencia C-313 de 2014,⁷² que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.⁷³ Al respecto, se aclaró que el principio de integralidad no solo implica que se debe garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para superar la afectación de la salud, sino también para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado.⁷⁴

estos términos “La regulación adolece de un vacío legislativo por cuanto no prevé un procedimiento para solucionar las controversias suscitadas entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico.

⁶⁴ La exposición de motivos señala expresamente: “2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: “la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003”. Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

⁶⁵ Sentencia T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

⁶⁶ De acuerdo con la Sentencia T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la eficiencia “implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”. La Corte indicó en Sentencia T-760 de 2008 que “una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite”.

⁶⁷ Ver sentencias T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-922 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En la primera se indicó que la calidad consiste en “que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes”.

⁶⁸ Según la Sentencia T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-316A de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo; T-579 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁷⁰ Artículo 8, Ley Estatutaria 1751 de 2015.

⁷¹ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir. // Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.”

⁷² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷³ Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápite 5.2.8.3.

⁷⁴ Este tema también fue explicado en la Sentencia T-402 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

50. Así las cosas, la salud es un derecho fundamental que debe protegerse y ser garantizado a todos los usuarios del Sistema de Seguridad Social, quienes al necesitar del suministro de un servicio están sujetos al criterio del médico tratante mediante orden médica que autorice el mencionado servicio. Tal criterio debe estar basado en información científica, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente y en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. En efecto, cuando una persona acude a su EPS para que esta le suministre un servicio que *requiere*, o *requiere con necesidad*, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio.

51. Así, la Corporación ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante. Es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios. Es deber de la entidad contar con todos los elementos de pertinencia médica necesarios para fundamentar adecuadamente la decisión de autorizar o no el servicio. Decisión que debe ser, además, comunicada al usuario.⁷⁵

52. Ahora bien, la Corte también ha señalado que una faceta del derecho fundamental a la salud es el *derecho al diagnóstico*.⁷⁶ El objetivo de esta garantía es establecer el acceso a tratamientos, medicamentos, exámenes e insumos que se *requieren con necesidad* para restablecer la salud del paciente. Por tanto, aunque un juez de tutela no podría abarcar la órbita de acción que le compete a un profesional de la salud para ordenar directamente el reconocimiento de un servicio o tratamiento que no ha sido previamente diagnosticado, lo que excepcionalmente sí podría hacer, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud, es ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico. Es decir, el juez constitucional excepcionalmente podría resolver en sede de tutela que la Empresa Promotora de Salud correspondiente, por medio de los profesionales pertinentes, emita un *diagnóstico efectivo*, con el cual se garantice una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, la determinación de la enfermedad que padece y el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud.⁷⁷ Al respecto, la jurisprudencia de

⁷⁵ Sentencias T-543 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁶ Ver, entre otras, las siguientes Sentencias T-717 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-887 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-298 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-940 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-045 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; T-210 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-459 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-552 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

⁷⁷ Sentencias T-737 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-020 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

esta Corte ha evidenciado que el derecho a un diagnóstico efectivo es vulnerado, entre otros casos, cuando las EPS o sus médicos adscritos demoran o se rehúsan a establecer un diagnóstico para el paciente, así como la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad.⁷⁸

53. A continuación, se expondrán detalladamente los conceptos de cuidadores y el servicio de auxiliar de enfermería como modalidad de atención domiciliaria.

6. El servicio de auxiliar de enfermería y los cuidadores

54. El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador.⁷⁹ En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

55. En cuanto al servicio de auxiliar de *enfermería*, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud;⁸⁰ (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,⁸¹ como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

56. Con relación a los *cuidadores*, la Sala resalta tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas.⁸² (ii) Esta figura es definida⁸³ como aquel

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-543 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-132 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁹ Ejemplo de ello son, entre otras, las Sentencias T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. José Fernando Reyes Cuartas; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explicó las características de los cuidadores y el servicio de enfermería.

⁸⁰ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁸¹ Por el cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Resolución vigente para la época de los hechos que actualmente fue modificada por la Resolución 3512 de 2019.

⁸² Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

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 ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse.⁸⁴

57. En efecto, esta Corte ha entendido que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse.⁸⁵ Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019,⁸⁶ pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019.

58. Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.⁸⁷

7. Solución del problema jurídico: es necesario amparar el derecho al diagnóstico efectivo de Juan Carlos Pulido Hinojosa respecto del servicio de enfermería y se niega el de cuidador a cargo de la EPS

⁸³ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 “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”.

⁸⁴ Esta postura se encuentra ampliamente explicada en la Sentencia T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁵ Al respecto, se encuentra, entre otras, las Sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁶ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

⁸⁷ Este tema también ha sido desarrollado, entre otras, en las sentencias T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, SPV Carlos Bernal Pulido, AV Diana Fajardo Rivera; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

59. De acuerdo con los hechos narrados en la parte inicial de esta Sentencia, el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa padece de Síndrome de Down profundo, retardo mental severo, hipertensión arterial, trastorno deglutorio secundario, trastorno cognitivo severo, hipotiroidismo, artrosis, incontinencia dual, trastorno afectivo bipolar, síndrome de apnea obstructiva del sueño, síncope, lumbalgia, dermatomicosis, alergia a las sulfas, estreñimiento y verruga vulgar. Tiene 55 años de edad y es totalmente dependiente, debido a patologías y situaciones que repercuten en su capacidad para realizar por sí mismo cualquier tipo de actividad. Su hermana, Luz Mercedes Pulido Hinojosa, actuando como su agente oficiosa, quien tiene 64 años de edad, señaló que Juan Carlos Pulido Hinojosa está a su cargo, es su única acompañante (en razón a que sus padres murieron), y es su apoyo físico, emocional, afectivo y familiar. Sin embargo, sostiene que no puede movilizarlo, ni bañarlo, darle la comida, cambiarle el pañal y demás situaciones básicas y cotidianas. Esto debido a que ella no tiene la contextura física ni el conocimiento para hacerse cargo de estas actividades.

60. Dado lo anterior, la parte actora solicitó a COMPENSAR EPS que le autorice a su hermano el servicio de enfermería las 24 horas, con fundamento en que este había sido autorizado por su médico tratante desde hacía más de 8 años,⁸⁸ y que recientemente (6 de marzo de 2019), después de haber sido internado por una infección urinaria, la EPS se negó a autorizarlo nuevamente. En efecto, la accionada negó la prestación del servicio de enfermería por considerar que: (i) según una junta medica interdisciplinaria el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa “*actualmente requiere únicamente cuidador, paciente con red de apoyo suficiente para generar apoyo efectivo*”;⁸⁹ (ii) la responsabilidad del cuidador corresponde a la familia; y (iii) no hay orden médica que respalde el servicio de enfermería solicitado.

61. Así las cosas, la Sala encuentra que no se comprobó que exista orden médica o verificación científica actual de la necesidad del servicio de enfermería 24 horas en favor del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa. Esto debido a que, pese a que el día 13 de marzo de 2019 la Clínica La Colina emitió orden médica en la que señaló que el paciente *requiere continuar tratamiento domiciliario con: 1. Enfermera acompañante 24 horas*”,⁹⁰ lo

⁸⁸ Este hecho se encuentra acreditado con: (i) la orden médica del 21 de diciembre de 2011 de Psiquiatría de la Clínica Monserrat, obrante a folio 53 del cuaderno principal, en la que se “solicita enfermera especial 24 horas, el paciente debe ser supervisado constantemente por riesgo de caída y de auto o hetero agresión. Es completamente dependiente”; (ii) con la carta del 11 de marzo de 2019, obrante del folio 27 a 29, en la que la accionante puso de manifiesto la situación de que llevaban 7 años recibiendo el servicio de enfermería, y la accionada no lo negó al momento de contestar dicha carta; (iii) la situación de la continua prestación del servicio de enfermería fue planteada con la demanda de tutela y la accionada, al momento de contestar la tutela, no negó tal hecho, por lo cual se entiende que lo acepta. De hecho, en la contestación de tutela (folio 75) se reconoce que la parte accionante venía recibiendo el servicio de enfermería en cumplimiento de una acción de tutela y que a partir de la decisión de una junta médica interdisciplinaria se cambió dicho servicio por el de cuidador; y (iv) la parte actora allegó historias clínicas de fechas posteriores al 2011 en las que se ratifica la continuidad del servicio de enfermería, como se observa en la del 6 de marzo de 2012 (folio 49), la del 3 de noviembre de 2016 (folio 34), en las del 6 de agosto y 3 de noviembre de 2017 (folios 36 y 38), en la del 11 de febrero de 2018 (folio 40), en la del 11 de marzo de 2018 (folio 42), y en la del 3 de agosto de 2018 (folio 46).

⁸⁹ Folio 75.

⁹⁰ Folio 25.

cierto es que la última valoración médica aportada al expediente es del 18 de marzo de 2019, y en esa fecha se negó el servicio de enfermería y se indicó que solo se requería un cuidador. En consecuencia, al no existir una orden médica o verificación científica con la cual se acredite la necesidad actual del servicio de enfermería, no es posible acceder a esta pretensión, de conformidad con lo expuesto.⁹¹

62. Sin perjuicio de lo expuesto, es relevante que, en la citada valoración del 18 de marzo de 2019, efectuada por un comité interdisciplinario, se indicó que el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa requiere únicamente de un cuidador, al ser un “*paciente con red de apoyo suficiente para generar apoyo efectivo*”. Al respecto, se recuerda que Luz Mercedes Pulido Hinojosa, hermana del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, también argumentó en la acción de tutela que no se encuentra en la capacidad física para apoyar como cuidadora a su hermano. Por tal motivo, la Sala considera pertinente verificar, a continuación, si en el presente caso se cumplen los requisitos para que, de forma excepcional, sea la EPS quien proporcione el servicio de cuidador que fue ordenado, tal y como se explicó,⁹² el cual es diferente al servicio de enfermería.

63. Así las cosas, una vez efectuado el análisis correspondiente, la Sala encuentra que la parte actora no demostró la imposibilidad material⁹³ de que Luz Mercedes Pulido Hinojosa, como única pariente del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, pueda asumir la responsabilidad solidaria como cuidadora de su hermano. Esto debido a que, aunque se verificó el cumplimiento del primer y segundo requisito de la imposibilidad material (falta de capacidad física para actuar como cuidador e imposibilidad para recibir capacitación adecuada), no se comprobó el cumplimiento del tercer requisito (carencia de recursos para asumir el costo de contratar la prestación del servicio de cuidador).

64. En efecto, con relación al *primer requisito*, se encuentra que la edad de 64 años de la señora Luz Mercedes Pulido Hinojosa, es un indicio fuerte de su incapacidad física para prestar las atenciones requeridas por su hermano Juan Carlos Pulido Hinojosa. Por tanto, es viable concluir que Luz Mercedes Pulido Hinojosa no cuenta con la capacidad física necesaria para atender las necesidades de cuidado de su hermano, directamente relacionadas a las múltiples patologías que este presenta y que lo hacen una persona dependiente.

65. En cuanto al *segundo requisito*, es posible afirmar que la señora Luz Mercedes Pulido Hinojosa, debido a su edad, tampoco está en la posibilidad de recibir de forma adecuada el entrenamiento como cuidadora de su hermano. Finalmente, frente al *tercer requisito* de la imposibilidad material que se debe acreditar, la Sala considera que la señora Luz Mercedes Pulido

⁹¹ Ver el párrafo 52 de la presente sentencia.

⁹² Ver en los párrafos 53 y 54 de la presente sentencia.

⁹³ Los requisitos de la imposibilidad material en comento fueron explicados en el párrafo 54 de la presente sentencia.

Hinojosa no demostró que carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar a una persona que preste el servicio de cuidador. Por el contrario, la Sala observa que: (i) ni en la acción de tutela, ni en la impugnación o en sede de revisión, la parte actora manifestó alguna dificultad en el área económica; y (ii) se evidenció que la señora Luz Mercedes Pulido Hinojosa es beneficiaria de una pensión de vejez administrada por Colpensiones⁹⁴ en el “*régimen de prima media con tope máximo de pensión*”.⁹⁵

66. En consecuencia, al no acreditarse uno de los tres requisitos para demostrarse la imposibilidad material de asumir la responsabilidad solidaria como curador, no es posible ordenar a la EPS que supla tal servicio.⁹⁶

67. En este orden de ideas, es claro que: (1) no se demostró la existencia de una orden médica o verificación científica de la necesidad actual del servicio de enfermería 24 horas; y (2) tampoco se acreditó el cumplimiento de los tres requisitos necesarios para poder acceder, excepcionalmente, a la posibilidad de que el juez de tutela ordene a la EPS asumir el servicio de cuidador frente a la imposibilidad material de los parientes del paciente. Sin embargo, la Sala considera que, dadas las particulares condiciones del presente caso, es procedente conceder el amparo en la faceta de diagnóstica, con el fin de establecer la actualidad de las patologías del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, y si estas requieren con necesidad el servicio de enfermería 24 horas. Ello debido a que: (a) no se puede pasar por alto que por más de 8 años la EPS autorizó el servicio de enfermería 24 horas al señor Juan Carlos Pulido Hinojosa;⁹⁷ (b) la orden médica que se emitió el 13 de marzo de 2019 sí establecía la necesidad de la enfermera 24 horas, pero esta fue cambiada 5 días después mediante un comité interdisciplinario del 18 de marzo de 2019, el cual tuvo lugar por la reclamación del 11 de marzo de la parte actora; (c) en el comité interdisciplinario no se incluyó el concepto de la médica Jennyfer Álzate Franco Álzate, quien fue la que ordenó el 13 de marzo que se continuara con el servicio de enfermería 24 horas inicialmente asignado; y (e) el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa padece graves patologías que indican que es un sujeto de especial protección.

⁹⁴ A folio 79 del expediente se allegó constancia de la mencionada condición de pensionada.

⁹⁵ Así se observa en la consulta realizada el 26 de mayo de 2020 en la página web: <https://ruaf.sispro.gov.co/Filtro.aspx>. La copia del informe del sistema de información se encuentra a folio 52 del cuaderno de revisión.

⁹⁶ Estos requisitos fueron explicados en los párrafos del 51 al 54 de la presente sentencia.

⁹⁷ Este hecho se encuentra acreditado con: (i) la orden médica del 21 de diciembre de 2011 de Psiquiatría de la Clínica Monserrat, obrante a folio 53 del cuaderno principal, en la que se “solicita enfermera especial 24 horas, el paciente debe ser supervisado constantemente por riesgo de caída y de auto o hetero agresión. Es completamente dependiente”; (ii) con la carta del 11 de marzo de 2019, obrante del folio 27 a 29, en la que la accionante puso de manifiesto la situación de que llevaban 7 años recibiendo el servicio de enfermería, y la accionada no lo negó al momento de contestar dicha carta; (iii) la situación de la continua prestación del servicio de enfermería fue planteada con la demanda de tutela y la accionada, al momento de contestar la tutela, no negó tal hecho, por lo cual se entiende que lo acepta. De hecho, en la contestación de tutela (folio 75) se reconoce que la parte accionante venía recibiendo el servicio de enfermería en cumplimiento de una acción de tutela y que a partir de la decisión de una junta médica interdisciplinaria se cambió dicho servicio por el de cuidador; y (iv) la parte actora allegó historias clínicas de fechas posteriores al 2011 en las que se ratifica la continuidad del servicio de enfermería, como se observa en la del 6 de marzo de 2012 (folio 49), la del 3 de noviembre de 2016 (folio 34), en las del del 6 de agosto y 3 de noviembre de 2017 (folios 36 y 38), en la del 11 de febrero de 2018 (folio 40), en la del 11 de marzo de 2018 (folio 42), y en la del 3 de agosto de 2018 (folio 46).

68. Con fundamento en lo expuesto, se ordenará a la EPS COMPENSAR que, mediante el médico tratante del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, se valoren sus condiciones de salud y se establezca si *requiere con necesidad* de una enfermera 24 horas.

8. Orden de levantar suspensión de términos

69. Finalmente, se ordenará levantar la suspensión de términos que se ordenó por parte del Consejo Superior de la Judicatura mediante los Acuerdos PCSJA20-11517⁹⁸, PCSJA20-11518⁹⁹, PCSJA20-11519¹⁰⁰, PCSJA20-11521¹⁰¹, PCSJA20-11526,¹⁰² PCSJA20-11527¹⁰³, PCSJA20-11529¹⁰⁴, PCSJA20-11532¹⁰⁵, PCSJA20-11546¹⁰⁶, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549¹⁰⁷, PCSJA20-11556¹⁰⁸, PCSJA20-11567¹⁰⁹ y PCSJA20-11581¹¹⁰ en los que se suspendió los términos judiciales en todo el país a partir del 16 de marzo.

70. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en Auto 121 de 16 de abril de 2020, en el cual la Sala Plena de la Corte Constitucional autorizó a las Salas de Revisión *“levantar la suspensión de términos judiciales en asuntos concretos sometidos a su consideración”*, siempre que se configure alguno de los siguientes criterios: *“(i) la urgencia en adoptar una decisión de fondo o una medida provisional dirigida a la protección de los derechos fundamentales; (ii) la importancia nacional que revista el caso; y (iii) la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de*

⁹⁸ Mediante Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura decidió *“[s]uspender los términos judiciales en todo el país a partir del 16 y hasta el 20 de marzo de 2020, excepto en los despachos judiciales que cumplen la función de control de garantías y los despachos penales de conocimiento que tengan programadas audiencias con persona privada de la libertad, las cuales se podrán realizar virtualmente. Igualmente se exceptúa el trámite de acciones de tutela”*.

⁹⁹ En Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 se mantuvo la suspensión de términos para los *“juzgados, tribunales y Altas Cortes”* y fijó taxativamente algunos trámites y actuaciones exceptuados de dicha medida

¹⁰⁰ En Acuerdo PCSJA20-11519 del 16 de marzo de 2020, se decidió *“suspender los términos de la revisión eventual de tutelas en la Corte Constitucional del 17 al 20 de marzo de 2020”*.

¹⁰¹ En Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, las medidas de suspensión y excepciones fueron prorrogadas del 21 de marzo al 3 de abril de 2020.

¹⁰² En Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, se prorrogó la suspensión de términos hasta el 12 de abril de 2020.

¹⁰³ En acuerdo PCSJA20-11527 del 22 de marzo de 2020, se dispuso *“[e]xceptuar de la suspensión de términos adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11517 y PCSJA20-11521 de 2020, las actuaciones que adelante la Corte Constitucional con ocasión de la expedición de decretos por el Presidente de la República en ejercicio de las funciones del artículo 215 de la Constitución Política”*.

¹⁰⁴ Mediante Acuerdo PCSJA20-11529 del 25 de marzo de 2020, se resolvió *“[e]xceptuar de la suspensión de términos adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos PCSJA20-11517, 11521 y 11526 de marzo de 2020, las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8, 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.

¹⁰⁵ A través de Acuerdo PCSJA20-11532, se incluyeron nuevas excepciones y se prorrogó la suspensión de términos del 13 de abril al 26 de abril de 2020.

¹⁰⁶ En el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020 se incluyeron nuevas excepciones y se prorrogó la suspensión de términos del 27 de abril al 10 de mayo de 2020.

¹⁰⁷ En Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020, se incluyeron nuevas excepciones y se prorrogó la suspensión de términos judiciales del 11 hasta el 24 de mayo de 2020.

¹⁰⁸ En Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020, se incluyeron nuevas excepciones y se prorrogó la suspensión de términos judiciales del 11 hasta el 8 de junio de 2020.

¹⁰⁹ En Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, se incluyeron nuevas excepciones y se prorrogó la suspensión de términos judiciales del 9 de junio hasta el 30 de junio de 2020.

¹¹⁰ En Acuerdo PCSJA20-11581 de junio de 2020, se prorrogó la suspensión de términos judiciales hasta el 30 de julio de 2020.

forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas”.

71. Por tal motivo, la Sala constata que se configuran los criterios (i) y (iii) en el caso sub examine, en atención a las condiciones de vulnerabilidad del accionante y la urgencia en adoptar la decisión de fondo para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

9. Síntesis

72. En el asunto analizado, la Sala estudió el caso del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, a quien la EPS COMPENSAR le venía prestando por más de 8 años el servicio de enfermera 24 horas, el cual le fue suspendido por un cambio del dictamen médico. Ese cambio consistió en que se estableció que el señor Juan Carlos Pulido Hinojosa solo requería del servicio de cuidador, el cual Luz Mercedes Pulido Hinojosa, hermana del señor Juan Carlos Pulido Hinojosa, alegó que no podía asumir en razón a su edad. Al respecto, la Corte encontró que no se comprobó orden médica o concepto científico en el cual se indicara la necesidad del servicio de enfermería 24 horas, motivo por el cual se descartó la posibilidad de conceder esta pretensión. De igual forma, se evidenció que en este caso no es posible conceder la pretensión de que se ordene a la EPS que asuma, de forma excepcional, el servicio de cuidador, en razón a que no se demostró carencia económica en la parte accionante que le impida asumir el costo de la prestación de este servicio. Sin perjuicio de lo anterior, se concluyó que sí es procedente el amparo por desconocer el acceso al diagnóstico médico. En efecto, todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a que su EPS les realice las valoraciones necesarias para fundamentar si el servicio médico solicitado debe ser autorizado o no, de conformidad con los mejores criterios científicos aplicables y la mejor evidencia científica disponible.

73. Bajo ese panorama, la Sala revocará la Sentencia proferida el 24 de abril de 2019 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que a su vez confirmó la emitida el 3 de abril de 2019 por el Juzgado Veinte Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá.¹¹¹ En su lugar, se protegerá el derecho fundamental de Juan Carlos Pulido Hinojosa a la salud en su faceta de diagnóstico de los médicos tratantes, quienes evaluarán sus condiciones reales de salud y deberán adoptar la decisión de autorizar o no el servicio de enfermería las 24 horas, fundándose en criterios médicos, el conocimiento científico aplicable, y en la mejor evidencia según las particulares condiciones del paciente.

III. DECISIÓN

¹¹¹ Sentencia proferida el 21 de agosto de 2018.

Una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios de salud vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona a la que se atiende, cuando se toman decisiones acerca de los servicios a los cuales tiene acceso (como el de tener servicio de *enfermería* o *cuidador*), sin que las condiciones actuales de salud de su caso específico sean tenidas en cuenta ni valoradas a la luz de criterios científicos y médicos.

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

RESUELVE:

Primero.- ORDENAR EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS para el presente proceso, en atención a las condiciones de vulnerabilidad del accionante y la urgencia en adoptar la decisión de fondo para garantizar la protección de sus derechos fundamentales y de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- REVOCAR la Sentencia proferida el 24 de abril de 2019 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, y la respectiva sentencia que esta confirmó, emitida el 3 de abril de 2019 por el Juzgado Veinte Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, en el proceso de tutela iniciado por Luz Mercedes Pulido Hinojosa actuando como agente oficiosa de Juan Carlos Pulido Hinojosa contra COMPENSAR EPS. En su lugar, **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental a la salud de Juan Carlos Pulido Hinojosa.

Tercero.- ORDENAR a COMPENSAR EPS que, dentro del término de 15 días, posteriores a la notificación de esta providencia, autorice y programe una valoración médica del estado de salud del paciente, en la que participen sus médicos tratantes, a fin de determinar si requiere el servicio de enfermería las 24 horas, para que, en caso afirmativo le sea suministrado de inmediato.

Cuarto.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Quinto.- DEVOLVER al juzgado de primera instancia el expediente digitalizado para darle el trámite respectivo. Una vez se retomen actividades normales, la Secretaría General de la Corte Constitucional deberá **REMITIR** el expediente físico.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General