

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO
GACHETÁ (CUNDINAMARCA)**

Gachetá, Cundinamarca, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Acción de tutela No. 252994089001202300031-01

Accionante: Mario Orlando Rodríguez Camacho -Agente Oficioso de la menor Emily Estefanía Roa Gómez

Accionado: NUEVA EPS SAS

Sentencia de segunda instancia No. 2023-014

I.- OBJETO DE DECISIÓN

Lo constituye la IMPUGNACIÓN presentada por la parte accionante contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2023, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gama, Cundinamarca.

II. LA DEMANDA

El accionante Mario Orlando Rodríguez Camacho, en su condición de Comisario de Familia del Municipio de Gama Cundinamarca, y en representación de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ, señala en el escrito de tutela que la progenitora de la menor señora NUBIA AMPARO GÓMEZ, identificada con Cedula de Ciudadanía No 1.069.282.417, dio a luz a la menor en cita el 14 de marzo de 2023.

Que el 30 de junio de 2023, se solicitó mediante derecho de petición a LA NUEVA EPS SAS, se otorgaran elementos de aseo y alimentación para la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ LEÓN, lo anterior con ocasión a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 2244 de 2022 *“Por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones”*.

Señaló el actor, que la NEUVA EPS S.A en respuesta del 13 de julio de 2023, dio respuesta negativa a lo peticionado, por concluir que la progenitora de la menor, no contaba con orden médica para el servicio solicitado.

Indica que la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN, cumple con los requisitos establecidos en la Ley 2244 de 2022, sin que esté sujeta a orden médica, debido a que el legislador planteó, a fin de humanizar el parto, que los niños recién nacidos recibieran alimentos y pañales no sujetos a ninguna orden médica, garantizando el trato digno y la igualdad ante la sociedad

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, protección integral y la salud; en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS S.A.S, dar cumplimiento a lo efectuado en el artículo 9 de la Ley 2244 de 2022.

III. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo Municipal de Gama, Cundinamarca en auto calendado el dos (2) de agosto de dos mil veintitrés (2023), resolvió dar trámite a la presente acción de tutela y dispuso comunicar a la entidad accionada NUEVA EPS S.A.S, para que efectuará su respetivo pronunciamiento frente a la demanda. Así mismo, se requirió al accionante para que acreditara la situación de indefensión de la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN. La entidad accionada se pronunció oportunamente, sin que se allegara respuesta al requerimiento efectuado al Comisario de Familia de Gama.

IV. FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Promiscuo Municipal de Gama en fallo del 17 de agosto de 2023, luego de hacer un relato de los antecedentes de la actuación y de la naturaleza de la acción de tutela, consideró que en el presente caso el señor MARIO ORLANDO RODRÍGUEZ CAMACHO no había mencionado si actuaba como agente oficioso de la menor EMILY ESTEFANIA ROA y actuó sin acreditar las razones por las cuales la madre de la menor NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN no se encontraba en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; que bajo esa perspectiva, se estaba ante la ausencia de legitimación por activa del accionante para promover la tutela por él instaurada.

Sumado a lo anterior, el Juez de primera instancia consideró que el requisito de la subsidiariedad no se encontraba satisfecho, pues estimó que en el sub lite, existen

otros medios de defensa judicial, a la luz de la Ley 1437 de 2011, sin efectuar mayor análisis al respecto.

Con fundamento en lo anterior, el *a quo*, resolvió declarar la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela, por no existir legitimación en la causa por activa y por existir otro mecanismo judicial para resolver las pretensiones de la demanda de tutela.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El accionante, fundamentó su inconformismo haciendo alusión a pronunciamientos jurisprudenciales, (*valga aclarar que no todos los citados por el actor guardaban relación con los hechos constitutivos y pretendidos en la tutela*) como la sentencia T488 de 2017 y T010 de 2019, los cuales según lo da a entender el actor, preceptúan que ante la vulneración de derechos fundamentales en menores de edad, cualquier persona se encuentra facultada para solicitar su protección por vía de tutela, considerando que el *a quo* desconoce el marco jurisprudencial sobre la legitimación en la causa para interponer acciones de tutela en favor de los menores de edad.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este Juzgado, mediante auto fechado el 24 de agosto de 2023, avocó el conocimiento de la presente acción de tutela en segunda instancia, disponiendo enterar a las partes de este proveído por el medio más expedito.

Posteriormente se consideró oportuno por el Despacho ante la eventual vulneración de derechos fundamentales, en este caso, por tratarse de una menor de edad, y siendo sujeto de especial protección constitucional, emitir auto fechado 1º de septiembre de los corrientes, en virtud del cual se requirió al accionante para que suministrara información relacionada con: (i) la calidad en la que actuaba dentro de la presente acción constitucional; (ii) Informara si la representante legal de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA, actualmente requería apoyo para el suministro de insumos básicos en alimentación y aseo para el cuidado de su menor hija y (iii) allegara copia de la historia clínica que figurara a nombre de NUBIA AMPARO LEÓN, relacionada con el nacimiento de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ, o en su defecto, se informara el Hospital donde fue valorada la señora NUBIA AMPARO, para los fines

propios de atención del parto. La documentación atinente a la historia clínica de la señora NUBIA AMPARO LEÓN se le solicitó de igual manera a la NUEVA ESP SAS.

El 5 de septiembre de 2023 el señor Comisario de Familia, electrónicamente allegó respuesta al requerimiento efectuado por este Juzgado, manifestando que actuaba como agente oficioso de la menor EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, de quien adujo contaba con 5 meses de edad y ser una menor que requería abastecimiento de implementos de aseo y vivieres conforme la Ley 2244 de 2022 de parto humanizado, por cuanto se encontraba en situación de vulnerabilidad por situaciones asociadas a pobreza extrema. Así mismo, el accionante informó que la progenitora de la menor en cita, había sido atendida durante el parto en el Hospital Universitario La Samaritana de Zipaquirá.

Con ocasión a lo anterior, mediante auto fechado 5 de septiembre de los corrientes, se solicitó al Representante legal del Hospital Universitario de la Samaritana de Zipaquirá, se remitiera a este Juzgado, copia de la historia clínica que figurara a nombre de la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN, específicamente la relacionada con el nacimiento de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ, y de los días subsiguientes al mismo. De igual forma se pidió se informará si la precitada señora había recibido valoración por el área de trabajo social en dicho centro Hospitalario.

VII. COMPETENCIA

Este Despacho, por ser el superior del Juzgado Promiscuo Municipal de Gama, Cundinamarca, es competente para conocer de la IMPUGNACIÓN del fallo de tutela, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

VIII. CONSIDERACIONES DEL AD QUEM

La Doctrina Constitucional ha sostenido, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, que el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos se han visto vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados en la Ley.

Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el Juez de impartir una orden de inmediato cumplimiento, encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa, si lo encuentra vulnerado o amenazado.

8.1. PROBLEMA JURÍDICO

En consideración a los hechos de la tutela, la decisión de instancia y los argumentos expuestos en la impugnación, le corresponde a este Juzgado determinar: (i) Si se encuentra acreditada en debida forma la legitimación en la causa dentro de la presente acción constitucional; en caso de ser afirmativa su respuesta, se habilitaría el pronunciamiento de fondo por parte de este Despacho, evento en el cual habrá de dilucidarse si: (ii) a la luz de artículo 9 de la Ley 2244 de 2024, la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN ostenta el derecho a reclamar insumos asociados con higiene y alimentación básicas para su menor hija EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ, y (iii) si existe o no vulneración por parte de la NUEVA EPS frente a los derechos fundamentales deprecados por el accionante en su demanda de tutela.

Procede este fallador a responder los problemas jurídicos propuestos.

a. De la Legitimación en la causa como requisito de procedencia de la acción de tutela.

De conformidad a lo dispuesto el Decreto 2591 de 1991, artículo 10, encontramos que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, puede ejercer la acción de tutela por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados no esté en condiciones de promover su propia defensa. Lo anterior en consonancia con lo normado en el artículo 86 de la Constitución.

Ahora bien, respecto de la naturaleza de la agencia oficiosa cuando se trata de la defensa de derechos fundamentales que le asistan a un menor de edad, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

>> (...) la Corte ha determinado que la agencia oficiosa encuentra su fundamento en el **principio de solidaridad, y como tal, pretende lograr el amparo de**

personas de especial protección constitucional como los niños, las personas de avanzada edad o en situación de discapacidad, entre otras.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado unos presupuestos, necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de tutela, estos son: a) **la manifestación del agente oficioso de que actúa en dicha calidad** y b) la circunstancia real de que el titular del derecho no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, bien sea porque está dicho expresamente en el escrito de tutela, o se deduzca del contenido de la misma^[20]. **Sin embargo, esta Corporación ha dicho que cuando se vean involucrados los derechos fundamentales de los menores de edad, cualquier persona, natural o jurídica, puede acudir al juez constitucional de tutela para solicitar su protección, motivo por el cual el último requisito antes mencionado no se aplica para estos casos**^[21]. (...) >> ¹ (Resalta el juzgado)

Frente a la legitimación en la causa por activa, cuando se trata de los derechos de un menor, la Corte en sentencia T 010 de 2019 expuso:

>> LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales. (...)

3.1.1 Sobre la legitimación de las partes

(...) 3.1.1.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991^[25], cualquier persona es titular de la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Respecto de lo anterior, esta Corporación, mediante Sentencia **SU - 377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa**, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “*por sí misma o por quien actúe a su nombre*”; (ii) **no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre**; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) **agente oficioso**, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal^[26].

3.1.1.2 Ahora bien, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada “para interponer acción de tutela en nombre de un menor, **siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño**.” (...) >>² (Resalta el Juzgado)

Descendiendo al caso que nos ocupa, encontramos que con ocasión al requerimiento efectuado en segunda instancia por este Despacho, el actor en escrito allegado electrónicamente el 5 de septiembre de los cursantes, manifestó que actuaba como agente oficioso de la menor Emily Estefanía Roa Gómez.

1 Sentencia T 488 del 28 de julio de 2017 Expediente T-6053726. Magistrada Sustanciadora Gloria Stella Ortiz Delgado.

2 Expediente T- 6897156. Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

Es de anotar, que en su respuesta el accionante no efectuó una manifestación de las razones por la cuales la progenitora de la menor no podía ejercer de manera directa la defensa de los derechos constitucionales que son motivo de la demanda de tutela; no obstante, resulta claro que bajo los presupuestos ya indicados por la Corte Constitucional, este requisito es superable, cuando como en el caso que nos concita, se trata del estudio de la presunta vulneración de derechos fundamentales que recaen sobre una menor de edad.

Ahora no está demás precisar que, si bien es cierto, el juzgado de primera instancia solicitó al accionante que acreditara si actuaba o no como agente oficioso de la menor Emily Estefanía Roa en el momento de admitir la tutela, sin que el mismo se pronunciara, precisamente por tratarse de una menor de edad, catalogada como sujeto de especial protección constitucional, fue que este juez *ad quem* consideró ajustado requerirlo para que hiciera su manifestación frente a tal circunstancia.

Así entonces, encuentra este fallador que bajo las anteriores consideraciones el accionante MARIO ORLANDO RODRÍGUEZ CAMACHO, actúa como agente oficioso de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ, encontrándose facultado para solicitar la protección de los derechos presuntamente vulnerados por la Nueva E.P.S, encontrándose acreditada su legitimación en la causa por activa para actuar en la presente acción constitucional.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se extrae de los anexos de la demanda de tutela que la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN, progenitora de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ, se encuentra afiliada al régimen subsidiado de la nueva EPS S.A, en estado activo, de tal suerte que dicha entidad sería la llamada a responder eventualmente frente a la vulneración de los derechos fundamentales que son objeto de estudio en el sub judice, consagrados en la Constitución y desarrollados en la Ley 2244 de 2022 *“Por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones”*.

Encontrándose acreditada la legitimación en la causa de cada una de las partes involucradas en la presente acción de Tutela, se avizora que la respuesta al primer problema jurídico planteado se encuentra resuelto de manera favorable, de tal manera que procederá este Despacho a efectuar el análisis atinente a

establecer si efectivamente la señora NUBIA AMBPARO GOMÉZ, ostenta el derecho de recibir insumos de alimentación y elementos de higiene para su menor hija EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, de conformidad con la Ley 2244 de 2022.

b. Del estudio y Respuesta al Segundo Problema Jurídico Planteado.

La Ley 2244 de 2022. *"Por Medio de la cual se Reconocen Los Derechos De La Mujer En Embarazo, Trabajo De Parto, Parto y Posparto y Se Dictan Otras Disposiciones O "Ley De Parto Digno, Respetado y Humanizado"* dispone en su artículo 9, numeral 5to lo siguiente:

>> (...) Obligaciones de los actores del sistema de salud objeto de la presente ley. Además de las demás obligaciones establecidas en el marco normativo del sistema de salud, serán obligaciones de los actores del sistema de salud objeto de la presente ley las siguientes:

5 Las EPS garantizarán que la madre perteneciente al Sisbén grupo A 1 - A5, reciban la dotación básica de alimentos, higiene para el recién nacido o los recién nacidos, durante al menos 30 días posteriores al nacimiento.>> (Subrayado fuera de texto)

Por su parte la entidad accionada NUEVA EPS S.A, a través de apoderado judicial en el trámite de primera instancia, al momento de rendir sus descargos conforme a lo petitionado por el Comisario de Familia del Municipio de Gama y frente al suministro de estos insumos, respondió entre los aspectos más relevantes lo siguiente:

Que Respecto a la normativa del artículo 9 la ley 2244 de 2022, no se ha surtido un trámite de reglamentación por cuanto el Ministerio de salud debía establecer cuál es el procedimiento para acceder a esos servicios, así como las fuentes de financiación para que la Ley sea operativa.

Que de conformidad con el Decreto 2200 de 2005, compilado en el Decreto reglamentario 780 de 2016, se deja en claro que las citas tratamientos y procedimientos médicos requeridos **necesitan de manera previa valoración médica por el galeno tratante quien determina la necesidad del servicio**, de tal forma que resulta inviable la prestación de los servicios médicos cuando el accionante no ha demostrado la existencia de una prescripción médica.

Qué producto lo anterior en el caso concreto no hay una orden médica de la cual se pueda desprender la negación o vulneración del derecho incoado, **sin embargo solicita al juez de tutela en caso de acceder a la totalidad de las pretensiones en salud que previo autorizar cualquier tratamiento en la cual no exista una orden médica o no se encuentre vigente se ordene una valoración previa por parte del galeno adscrito a la red de prestadores de la NUEVA EPS** con el objeto de determinar con criterio médico la necesidad de los servicios solicitados.

Expuso el apoderado judicial de la accionada que si en este caso de llegarse a

Sentencia de tutela segunda instancia número 252994089001202300031-001. MARIO ORLANDO RODRIGUEZ CAMACHO Agente Oficioso de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ contra la NUEVA EPS SAS.

demostrar una necesidad extrema para la prestación del servicio se solicitaría al Juez de tutela que de manera previa se ordene la respectiva valoración con el médico tratante para determinar la necesidad del servicio³.

En el sub judice encontramos, conforme a los anexos de la demanda de tutela, que la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN se encuentra afiliada a la NUEVA EPS S.A., bajo el régimen subsidiado, estado activo y tipo de afiliación: “cabeza de familia”. Una vez consultada por este Despacho la página web de Sisbén, se pudo constatar que la citada persona se encuentra clasificada en el grupo Sisbén A3 -IV Pobreza Extrema, conforme al pantallazo adjunto⁴:

The screenshot displays the Sisbén IV web interface. At the top, the Sisbén logo is visible. Below it, a 'Registro válido' badge is shown. The 'Fecha de consulta' is 18/09/2023, and the 'Ficha' number is 25299003510700000103. A circular badge on the right indicates 'A3' and 'GRUPO SISBÉN IV Pobreza extrema'. The 'DATOS PERSONALES' section lists: Nombres: NUBIA AMPARO, Apellidos: GOMEZ LEON, Tipo de documento: Cédula de ciudadanía, Número de documento: 1069282417, Municipio: Gama, and Departamento: Cundinamarca. The 'INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA' section shows: Encuesta vigente: 10/07/2019, Última actualización ciudadano: 26/11/2021, and Última actualización vía registros administrativos. A footnote at the bottom states: *Si encuentra alguna inconsistencia o desea actualizar su información por favor acérquese a la oficina del Sisbén del municipio donde reside actualmente.

No esta demás precisar que el Sisbén IV se encuentra conformado por cuatro grupos: A,B,C y D, según las condiciones de vida y capacidad de ingreso de las personas, siendo los grupos A1 a A5 catalogados como de Pobreza Extrema⁵.

Aunado a lo anterior, se pudo constatar a través de la plataforma ADRES, que la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ LEÓN actualmente se encuentra en estado

3 Carpeta Primera Instancia Plataforma One Drive, numeración PDF 009

4 <https://www.sisben.gov.co/Paginas/consulta-tu-grupo.aspx>

5 Página Oficial https://www.sisben.gov.co/Paginas/conoce_el_sisben.aspx. “En el Sisbén IV existen **cuatro grupos**: **Grupo A**: pobreza extrema (población con menor capacidad de generación de ingresos) **Grupo B**: pobreza moderada (población con mayor capacidad de generar ingresos que los del grupo A) **Grupo C**: vulnerable (población en riesgo de caer en pobreza)**Grupo D**: población no pobre, no vulnerable.”

activo de afiliación con la NUEVA EPS S.A., en régimen subsidiado, tipo de afiliación: “cabeza de familia”.

Encontramos también que en el libelo de tutela se adjuntó copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, con fecha de nacimiento del 14 de marzo de 2023, documento en el que figura la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ como su progenitora.

Verificada la información antes expuesta, encuentra el Despacho que según lo normado en el artículo 9, numeral 5° de la Ley 2244 de 2022, las madres que se encuentren dentro del Grupo de Sisbén **A-1- A-5**, podrán recibir **dotación básica de alimentos e higiene** para recién nacidos, **<<durante al menos 30 días posteriores al nacimiento>>**, de tal suerte que la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ, al encontrarse clasificada en el Grupo IV- A3 del Sisben, se encontraría acreditada dentro del rango establecido por esta normatividad para tener acceso a la dotación allí indicada a favor de su menor hija EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ.

Ahora, nótese que la norma hace alusión a una dotación básica de alimentos e higiene para el recién nacido **“durante al menos 30 días posteriores al nacimiento”**, en el caso concreto de la menor EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, se tiene que nació el 14 de marzo de 2023, según su Registro Civil de Nacimiento. La petición presentada por el actor para la entrega de estos insumos, según los hechos de la tutela fueron radicados el 30 de junio de 2023, ante la Nueva EPS S.A, *(se precisa que esta circunstancia no fue revelada por la parte accionante en sus descargos y se dio respuesta a lo petitionado en documento fechado 25 de julio de 2023)*. Actualmente, se puede colegir que la niña cuenta con **6 meses de edad**.

Pues bien, para esta judicatura, al efectuar una interpretación literal de la norma, puede deducirse que el acceso a esa dotación básica de alimentos y aseo para la menor, cobija **al menos 30 días posteriores al nacimiento**, de tal manera que este lapso bien podría extenderse por un periodo superior a los 30 días señalados en el artículo 9, numeral 5° de la Ley 2244 de 2022. La norma no prevé un rango que determine con exactitud hasta qué momento ha de efectuarse la entrega de los citados insumos; en esa medida, al tratarse de menor de edad sujeto de especial protección constitucional, pero dada la necesidad de racionalizar los

recursos destinados al sistema de salud, habrá de acudir a un medio que permita reconocer el derecho pero que no desequilibre financieramente el sistema. Ponderando tales circunstancias, considera este juzgador que a través de las respectivas órdenes que se generen por un médico adscrito a la NUEVA EPS, podrá determinarse adecuadamente la cantidad y calidad de los insumos alimentarios y de higiene que requiere la menor EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ y hasta qué momento ha de efectuarse la entrega básica de esos insumos.

Es congruente la anterior postura del Despacho con la respuesta que fuera brindada por la parte actora frente al requerimiento que le fuera efectuado en auto fechado 1 de septiembre hogaño en virtud del cual se le solicitó informara si actualmente la menor EMLY ESTEFANIA ROA requería de los insumos básicos en alimentación y aseo, donde indica la necesidad de las órdenes del médico tratante. De otro lado, el Agente Oficioso expuso que la menor de 5 meses de edad se encuentra en situación de vulnerabilidad, por situaciones asociadas a la pobreza extrema, siendo necesario que la hoy accionada garantice por un término prudencial lo previsto en el artículo 9, numeral 5°, de la Ley 2244 de 2022. Bajo tales circunstancias éste Juez colige la necesidad actual de la prestación de los insumos previstos en la anotada normatividad a la menor, situación que deberá ser valorada por los médicos tratantes a fin de establecer la calidad, cantidad, periodicidad y extensión temporal en que se deben suministrar los elementos de aseo y alimentación a la menor.

Lo anterior también con ocasión a lo esgrimido por la EPS accionada en el sentido de solicitar al Juez de tutela que, en el evento de acceder a lo peticionado en la demanda de tutela, se ordene valoración previa por parte de un médico adscrito a la red de prestadores de servicio de la NUEVA EPS S.A

Téngase en cuenta que el artículo 9, numeral 5° de la Ley 2244 de 2022, hace alusión a la entrega de dotación básica de **alimentos y productos de higiene**, sin especificación al respecto de dichos insumos, pero bien podría entenderse que en condiciones normales un menor de edad, siquiera durante su primer año de vida, requiere pañales, pañitos o suplementos alimentarios en el evento de tener que complementar la lactancia materna, entre otros, pero se reitera que el suministro de los insumos deberá contar para el caso concreto de la menor EMILY ESTEFANIA ROA, con las especificaciones que en tal sentido expida el médico

adscrito a la NUEVA EPS S.A, que previamente efectué su valoración y determine con exactitud las especificaciones de dichos artículos, así como el periodo de tiempo en que estos insumos deben ser entregados a la menor.

Jurisprudencialmente en sentencia de Unificación la Corte Constitucional ha establecido reglas para el suministro ciertos servicios de salud, incluidos los pañales, pañitos húmedos entre otros indicando:

>> (..) E. Reglas jurisprudenciales en materia de suministro de pañales, pañitos húmedos, transporte y otros servicios de salud. (...)

i) Pañales

176. En consecuencia, se advierte que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. De tal forma, analizado el listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- la Sala Plena observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales, por tanto, debe indicarse que **los pañales son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS**. Esta interpretación está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente. (...)

179. Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. **Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales**, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

180. Por su parte, la Sala considera que, respecto de los pañales al ser **tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal**. (...) Por consiguiente, bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no solo no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela, sino que además resulta contrario a dicha normativa. (...)>> (**Sentencia SU 508 de 7 de diciembre de 2020. Magistrados ponentes: Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas**).

De igual manera ha de observarse que la Corte Constitucional ha establecido que es el médico tratante quien tiene los conocimientos científicos, para ordenar lo que requiera un paciente, encontrándose el Juez en sede de tutela vedado para hacer cualquier tipo de valoración de procedimientos médicos, veamos:

>>6. (...) **La prescripción médica como criterio principal para establecer si se requiere un servicio de salud. Reiteración de Jurisprudencia**

6.2. Al respecto, esta Corporación ha señalado que el criterio del médico tratante, como profesional idóneo, es esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios. En este orden de ideas, en la sentencia T-345 de 2013⁶, ampliamente reiterada con posterioridad, la Corte señaló que:

“Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico (...).

*Por lo tanto, la condición esencial para que el Juez Constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, **pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.**”*

6.3. En conclusión, el criterio del médico tratante, como idóneo y oportuno, es el principal elemento para la orden o suspensión de servicios de salud. De manera no son las EPS e IPS, así como tampoco el juez constitucional, quienes están autorizados para desatender la prescripción médica sin justificación suficiente, sólida y verificable, que pueda contradecir la apreciación del profesional de salud, conocedor de las condiciones particulares del paciente (...)>>. **Subrayado del Juzgado.** (Corte Constitucional, Sentencia **T-017/21**, Magistrado Ponente. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Así entonces, ha de concluirse que la respuesta al segundo problema jurídico objeto de análisis ha de ser positiva, de tal suerte que efectivamente la señora NUBIA AMPARO GÓMEZ cumple los requisitos establecidos en el artículo 9, numeral 5°, de la Ley 2244 de 2024, para reclamar a favor de su menor hija EMLY ESTEFANIA ROA, la dotación básica de alimentos e higiene, los cuales deberán ser previamente prescritos por un galeno que haga parte de la red de prestación de servicios de la entidad accionada NUEVA EPS S.A, quien determinará la cantidad, la denominación y el lapso por el cual estos insumos de salud deberán ser prescritos a la menor en referencia.

D. Estudio de la presunta vulneración por parte de la NUEVA EPS S.A frente a los derechos fundamentales deprecados por el accionante en su demanda de tutela.

⁶ M.P. María Victoria Calle

El apoderado Judicial de la accionada en la respuesta allegada en su momento ante el a *quo* expreso que:

>> (...) La NUEVA EPS asumió todos los servicios médicos que ha requerido Emly Estefania Roa, RC 10762556078, en distintas ocasiones para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con la EPS. (...).

La EPS no está vulnerando derechos fundamentales pues las recomendaciones médicas y las necesidades en salud están siendo atendidas de manera oportuna Según las condiciones clínicas.

No hay evidencia en el expediente de la cual se desprenda la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante (...)>>

La parte accionante considera que con el actuar de la entidad accionada se vulneran los derechos fundamentales de la menor EMLY ESTEFANIA ROA, consagrados algunos de ellos en el artículo 44 de la Constitución Política a saber: la vida, la salud; de igual manera consideró afectados en la menor su derecho a la igualdad y la seguridad jurídica.

Como quiera que el eje central de la presente acción de tutela ha sido abordado desde el derecho que le asiste a EMILY ESTEFANIA a recibir insumos básicos en alimentación e higiene conforme la Ley de Parto Humanizado, se efectuara el estudio del derecho a la salud y las obligaciones de las EPS dentro del sistema general de seguridad social en salud.

Sobre el particular, ha recordado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

>> (...) **El derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas**

1. El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas. Ello implica asegurar el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)” y prevé la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás. (...)
2. Esta disposición constitucional es concordante con lo establecido en tratados internacionales suscritos por Colombia, como es el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño^[58]. Este instrumento obliga al Estado a asegurar la atención en salud a los menores de edad con estándares de calidad, al hacer referencia al más alto nivel posible y de accesibilidad, indicando que deben adelantarse esfuerzos para asegurar que no se prive el goce de estos servicios a los menores^[59]. (...)

5. En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la **atención en salud de los niños y niñas debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos.** (...) (Sentencia T-513/ del 11 de diciembre de 2020. Referencia: Expedientes T-7.851.444 y T-7.867.484. M.P JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS)

En tratándose del derecho a la salud, como un derecho autónomo, ha recordado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

El carácter fundamental del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

69. El artículo 49 de la Constitución Política se refiere a la salud como un servicio público integrado al Sistema Integral de la Seguridad Social, cuya dirección, control y coordinación recae en cabeza del Estado. Además, la Corte Constitucional ha definido el derecho a la salud 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 cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*^[109].

70. La jurisprudencia constitucional **ha reconocido la doble connotación que subyace a la salud como derecho fundamental autónomo e irrenunciable y como servicio público esencial obligatorio**^[110]. En cuanto a lo primero, ha advertido que su prestación debe ser oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad. En cuanto a lo segundo, que debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

71. En desarrollo de estas disposiciones, la Corte Constitucional^[111] ha reiterado el carácter fundamental, autónomo e irrenunciable del derecho a la salud, que protege múltiples ámbitos de la vida humana^[112]. Esta postura fue incorporada en la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, que reguló la naturaleza y el contenido del derecho a la salud. El ámbito de protección de esta ley comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, en aras de la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Todo ello, bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado^[113].

Descendiendo al caso que nos ocupa encontramos que actualmente la menor EMLY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, ostenta el derecho a través de su progenitora NUBIA AMPARO GÓMEZ, de recibir en debida forma aquellos insumos básicos de alimentación, higiene, o aseo, conforme lo previsto en el artículo 9, numeral 5° de la Ley 2244 de 2022, sin que a la fecha de este proveído obre prueba de su entrega por parte de la NUEVA EPS S.A.

Uno de los argumentos esbozados por la accionada fue el considerar que dicha normatividad no había surtido trámite de reglamentación y que el Ministerio de Salud debía establecer cuál era el procedimiento para acceder a esos servicios.

Al respecto considera este fallador que dicho argumento no puede ser de recibo, en razón a que la Ley de Parto Humanizado establece unos requisitos propios para acceder a los insumos ya anotados. Sumado a lo anterior, resulta un hecho notorio que tanto la madre de la menor y la agenciada se encuentran categorizadas en nivel SISBEN “de Extrema Pobreza”, y además que en la afiliación de NUBIA AMPARO GÓMEZ, en régimen subsidiado, se le da el carácter de “CABEZA DE FAMILIA”, lo que evidentemente demuestra el grado de vulnerabilidad actual en que se encuentran estas dos personas; de tal suerte que resulta desproporcionado asignarle una carga administrativa a una persona que según la Ley tiene el derecho a los servicios y, como en este caso, goza de especial protección constitucional. En ese sentido, el argumento de la accionada debe considerarse como una barrera para acceder a los insumos básicos a los que tiene derecho la menor, constituyéndose en una afectación evidente en las garantías superiores que le asisten las cuales abarcan el derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Al respecto la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar de deber que tienen las entidades prestadoras de salud de anteponer la prestación del servicio de salud y la prohibición anteponer trabas administrativas para la accesibilidad a la misma. Así, en sentencia T 239 del 30 de mayo de 2019, la Corte determinó⁷:

>> (...) La prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio de salud

En relación con los principios abordados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la prestación efectiva y eficiente del servicio de salud no puede interrumpirse o fraccionarse con base en barreras administrativas que deban adelantar las entidades prestadoras de salud y/o conflictos entre los distintos organismos que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud^[44].

Es así, como la sentencia T-405 de 2017 indicó sobre este tema que: *“la negligencia de las entidades encargadas de la prestación de un servicio de salud a causa de trámites administrativos, incluso los derivados de las controversias económicas entre aseguradores y prestadores, no puede ser trasladada a los usuarios por*

⁷ Referencia: Expediente T-7.128.81. M.P ALBERTO ROJAS RÍOS.

cuanto ello conculca gravemente sus derechos, al tiempo que puede agravar su condición física, psicológica e, incluso, poner en riesgo su propia vida. De ahí que la atención médica debe surtir de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio”^[45].

En consecuencia, las EPS no pueden aducir dificultades administrativas o de trámite para suspender o negar servicios de salud requeridos por los pacientes, menos aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y/o revisten las calidades de sujeto de especial protección constitucional.

Como ejemplo de ello, esta Corporación ha enfatizado en varias ocasiones^[46] que si un profesional de la salud determinó que un paciente necesita la realización de algún procedimiento o la entrega de un medicamento o insumo, las EPS tienen el deber de proveérselo, sin importar si están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).(…)>>

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para el Despacho que la NUEVA EPS S.A es la principal responsable de garantizar la entrega relativa a la dotación básica de alimentos e higiene para la menor agenciada. Para tal fin, se concederá un término de 48 horas para que la entidad accionada, a través de su representante legal o quien haga sus veces, agende cita a la menor EMLY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, identificada con Registro Civil de Nacimiento No 1076256078, para que sea valorada por un médico adscrito a la red de prestadores de servicios de la EPS y determine la cantidad, denominación y el lapso por los cuales estos insumos de higiene y alimentación deberán ser prescritos y entregados a la menor en referencia.

EMILY ESTEFANIA ROA de 6 meses de edad, requiere la dotación de servicios básicos de aseo y alimentación a los que tiene derecho, tal como se indicara dentro de los considerandos de ese proveído. Es un hecho ineludible que un bebe como mínimo requiere diariamente pañales, pañitos, suplementos alimentarios, entre otros elementos los cuales deberán determinarse según prescripción médica previa. Tales elementos pueden catalogarse como artículos básicos que contribuyen a que la menor agenciada, pueda ostentar una mejor calidad de vida en condiciones dignas, dada su condición de vulnerabilidad por encontrarse dentro del grupo de Pobreza Extrema del Sisbén. La no entrega actual de esta dotación básica, genera la vulneración del derecho fundamental a la vida digna y a la salud que le asisten a la menor.

Ahora, en el evento de que alguno de los artículos básicos en alimentación o higiene que le fueren prescritos a la menor agenciada, no se encuentren

Sentencia de tutela segunda instancia número 252994089001202300031-001. MARIO ORLANDO RODRIGUEZ CAMACHO Agente Oficioso de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ contra la NUEVA EPS SAS.

contemplados en el Plan Básico de Salud, la accionada se encuentra facultada para que pueda realizar su recobro ante el ADRES conforme al trámite administrativo previsto para tal efecto, sin necesidad de orden judicial, como lo ha indicado la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

Así entonces, al encontrarse que el objeto de estudio en la presente acción se encuentra totalmente satisfecho con los argumentos predicados por este Despacho, no se efectuara análisis a los demás derechos invocados por el actor en su escrito de tutela, sumado a que tampoco se acreditó que la menor EMILY ESTEFANIA ROA GOMEZ, efectivamente hubiese estado en condiciones de desigualdad frente a otra persona que en sus mismas condiciones y circunstancias.

En resumen, el Despacho procederá a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gama el 17 de agosto de 2023, para en su lugar, conceder el amparo constitucional frente a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, solicitadas por el Dr. MARIO ORLANDO RODRÍGUEZ CAMACHO, como agente oficioso de la menor EMILY ESTEFANIA ROA GOMEZ, para lo cual se ordenará a la NUEVA EPS S.A que en un término de 48 horas, a través de su representante legal o quien haga sus veces, agende cita a la menor en referencia, para que sea valorada por un médico adscrito a la red de prestadores de la EPS y determine de manera específica la dotación básica de alimentos e higiene, que según las condiciones actuales de salud requiera EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, determinando con claridad su cantidad, denominación y periodo de tiempo durante el cual sea necesaria su entrega. Lo anterior de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9, numeral 5° de la Ley 2244 de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GACHETÁ** (Cundinamarca), administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido el 23 de febrero de 2023, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Gama, Cundinamarca, conforme a lo expuesta en antecedencia.

Sentencia de tutela segunda instancia número 252994089001202300031-001. MARIO ORLANDO RODRIGUEZ CAMACHO Agente Oficioso de la menor EMILY ESTEFANÍA ROA GÓMEZ contra la NUEVA EPS SAS.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la menor EMILY ESTEFANIA ROA GOMEZ, demandados por el doctor MARIO ORLANDO RODRÍGUEZ CAMACHO, Comisario de Familia del Municipio de Gama Cundinamarca, en calidad de agente oficioso de la citada menor, en contra de LA NUEVA EPS S.A.S.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, AGENDE cita a la menor EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, identificada con Registro Civil de Nacimiento No 1076256078, para que sea valorada por un médico adscrito a la red de prestadores de esa EPS, con el fin de que determine de manera específica la dotación básica de alimentos e higiene, que según las condiciones actuales de salud requiera EMILY ESTEFANIA ROA GÓMEZ, determinando con claridad su cantidad, denominación y periodo de tiempo durante el cual se haga necesaria la entrega de estos insumos a la menor en referencia. Lo anterior de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9, numeral 5° de la Ley 2244 de 2022. **Acredítese su cumplimiento.**

CUARTO: Notifíquese esta decisión por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: ENVIAR copia de la presente sentencia al Juzgado de Primera Instancia.

SEXTO: REMITIR dentro de la oportunidad legal, el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN, conforme lo prevé el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,


JOSÉ MANUEL ALJURE ECHEVERRY.