

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Colocación de zapato ortopédico

DERECHO A LA SALUD-Casos en que su protección es viable mediante tutela

Según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

PROTECCION REFORZADA DEL SERVICIO DE SALUD A MENORES DE EDAD-Reiteración de jurisprudencia

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Se debe emitir un pronunciamiento médico por parte de un médico adscrito a la empresa de salud que avale o controvierta diagnóstico realizado por médico externo

Los usuarios del servicio de salud no se encuentran del todo desprotegidos jurídicamente, en cuanto a la garantía de una prestación en salud que ha sido prescrita por un médico que no es adscrito a la empresa que le presta dichos servicios. En estos casos, de entrada se puede afirmar, que a los usuarios les asiste el derecho a que la empresa de salud a la cual se encuentran afiliados, se pronuncie desde el punto de vista médico, sobre el diagnóstico de su estado de salud emitido por un médico ajeno a la empresa. Esto es, tienen derecho al diagnóstico, en el sentido en que se debe emitir un pronunciamiento médico, por parte de un médico(s) adscrito(s) a la empresa en mención, que avale o controvierta - desde el punto de vista médico, se insiste -, el diagnóstico realizado por el médico externo.

CALIDAD EN PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD

Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.

MEDICO TRATANTE QUE EMITE ORDEN-Alcance de la regla jurisprudencial en este tema

VALORACION DEL MEDICO TRATANTE-Aceptar que puede ser complementada o controvertida realiza el principio de calidad

Se puede concluir que, aceptar que la valoración del médico tratante puede ser complementada o controvertida, realiza de mejor manera aquel principio que procura que los

pacientes obtengan del servicio de salud aquello que más los beneficie.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que requiere zapatos ortopédicos como parte de tratamiento médico y aunque no aparece orden médica, del dictamen de Medicina Legal se concluye que los requiere

La certeza que buscaban tener los jueces de instancia, e incluso la EPS demandada, sobre si el menor en realidad requería del insumo ortopédico solicitado, se puede desprender del informe de medicina legal. De ahí, que no se entienda por qué no se hizo referencia a él en los fundamentos de las decisiones de instancia, ni por qué se descartó el amparo en razón a que no se encontró prescripción médica en dicho sentido, suscrita por el ortopedista tratante adscrito a la EPS. No se puede afirmar, que si existe un diagnóstico en relación con alguna condición de salud de una persona, del cual se derive la necesidad de alguna prestación en salud, y dicho diagnóstico no lo suscribe el médico tratante de la empresa que le presta los servicios de salud, entonces no se puede concluir la necesidad y pertinencia de la prestación en cuestión. Esto sería como afirmar que la regla jurisprudencial que establece el requisito de la orden del médico tratante, tiene el alcance de hacer inválido cualquier otro diagnóstico médico ajeno a los emitidos por la entidad demandada. Lo cual, según lo explicado no es cierto, y además desproporcionado. Por ello, se reitera, que se genera la obligación de un diagnóstico por parte de dicha entidad, que de cuenta de aquél originado en médicos ajenos a su grupo de profesionales. En el caso concreto, resulta claro, según el dictamen del médico legista, que el suministro de los zapatos ortopédicos, procura al menor mejoría en su patología, y que entre más pronto los use mayor efectividad tendrá como tratamiento. Lo anterior es razón suficiente, para justificar que el suministro del insumo ortopédico es urgente y que el juez de tutela debe procurar su garantía. Se insiste en que, es tan urgente la vida del menor, como su dignidad y la obligación constitucional de su protección reforzada.

Referencia: expediente T-1688537

Acción de tutela interpuesta por Cruz María Barrios y Alain Rivas Albornos en representación del menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, contra COOMEVA EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro de los procesos de revisión de los fallos de tutela, en el asunto de la referencia, dictados por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Apartadó – Antioquia, del 25 de abril de 2007, en primera instancia; y por el Juzgado Promiscuo de Familia de Apartadó – Antioquia, del 8 de junio de 2007, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, es hijo de Cruz María Barrios y Alain Rivas Albornos, y se encuentra afiliado a COOMEVA EPS, como beneficiario de su padre.

1. El menor en mención, padece de enfermedad pélvica, de cadera y de su pierna izquierda, por lo cual fue intervenido quirúrgicamente el 12 de octubre de 2006, atendiendo dicho servicio la EPS COOMEVA.

1. La madre del menor, alega que “al parecer un descuido en la atención médica con la colocación de pesas, está implicando que la pierna izquierda [de su hijo] se esté secando”. Por lo anterior, agrega que “el ortopedista tratante, ordenó la colocación al menor de un

zapato ortopédico que permita compensar las limitaciones de la pierna izquierda ya que el niño tiene que andar empujado en dicho pie”.

1. La EPS COOMEVA se niega a suministrar los zapatos ortopédicos, porque no existe prescripción médica en dicho sentido, por parte del médico tratante. Además, agrega que dicho insumo ortopédico está excluido del POS, y que no existe indicación médica alguna que “permita concluir que [el suministro de los zapatos mencionados] es indispensable para preservar, mejorar o proteger la vida, salud y dignidad del menor.”

1. Por lo relatado, los padres del menor en cuestión interponen acción de tutela contra COOMEVA, con el fin de que se ordene a dicha entidad, proporcionar los zapatos ortopédicos. Tanto en primera como en segunda instancia, se niega el amparo, bajo el argumento de que no existe en el expediente orden médica que prescriba el suministro de los zapatos ortopédicos al menor.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Escrito de la demanda de tutela (Fls. 1,2)

1. Historia clínica (Fls. 4 a 11)

1. Oficio del juez de tutela, mediante el que decreta prueba consistente en un dictamen de medicina legal, en relación con la patología del menor (Fl. 16).

1. Respuesta de la EPS demandada (Fls. 19 a 25)

1. Dictamen de medicina legal, en relación con la patología del menor (Fls. 35, 36)

1. Fallo de tutela de 1ª instancia (Fls. 37 a 40)

1. Escrito de impugnación del fallo de 1ª instancia (Fls. 43, 44)

1. Fallo de tutela de 2ª instancia (Fls. 50 a 54)

Fundamentos de la Tutela

La demandante alega que al parecer un descuido en la atención médica de su hijo, luego de la operación que se le practicara el 12 de octubre de 2006 con ocasión de la enfermedad pélvica que padece, “está implicando que la pierna izquierda se esté secando”. Por ello, afirma, que “el ortopedista tratante, ordenó la colocación al menor de un zapato ortopédico que permita compensar las limitaciones de la pierna izquierda ya que el niño tiene que andar empinado en dicho pie”. Afirma que no cuenta con recursos económicos, para costear el gasto correspondiente a los zapatos ortopédicos; por lo que considera vulnerados los derechos fundamentales de su hijo, en tanto la carencia del insumo referido afecta el desarrollo normal del menor y le impide acceder a una recuperación adecuada respecto de su patología.

Contestación de COOMEVA EPS.

La entidad demandada argumenta que no resulta procedente la solicitud de los demandantes, por cuanto no existe prescripción médica alguna, suscrita por un médico tratante de dicha empresa prestadora de servicios de salud, en el sentido de ordenar el suministro de zapatos ortopédicos al menor Jhon Sebastián Rivas Barrios. Por lo anterior, explica que no se cumple uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según el cual el suministro de implementos ortopédicos, ordenado por el juez de tutela, debe sustentarse en la orden de un médico adscrito a la EPS en cuestión. De otro

lado, agrega que no se demuestra por parte de los padres demandantes, la necesidad del insumo ortopédico requerido, y mucho menos que la falta de éste, amenace la salud, la dignidad o la vida de su hijo menor. Solicita pues al juez de tutela, no conceder el amparo.

Prueba decretada por el Juez de Tutela de Primera Instancia.

El juez de primera instancia decretó como prueba, el concepto medico-legista en relación con la patología del menor, especialmente respecto de la necesidad o no de los zapatos ortopédicos solicitados en la demanda de tutela (Fl. 16). Así, a folio 36 del expediente, se observa la conclusión del dictamen mencionado¹, en el siguiente sentido:

“En respuesta a sus inquietudes me permito responder de la siguiente manera:

El paciente sufre de una enfermedad ósea del lado izquierdo de la cadera que en consultas se evidenció que está en avanzado estado (fase de necrosis) por lo cual se realizó un procedimiento quirúrgico (osteotomía pélvica de salvamento) por la magnitud de este procedimiento se conoce las posibles complicaciones las cuales se le dieron a conocer en su momento a la madre del menor.

Lo que solicita saber sobre el zapato ortopédico es lo siguiente: mediante la colocación de dicho zapato se va a corregir la limitación en el arco del movimiento del pie izquierdo y a corregir la postura anatómica de dicho miembro, es un proceso largo en el tiempo y de paciencia, no es un procedimiento de urgencia pues la vida del paciente no está en peligro, es un procedimiento terapéutico y que tendrá mejores resultados al ser pronto el inicio de la terapia.”

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia

El a quo considera que, no se cumple con el requisito consistente en la existencia de una orden médica que soporte el suministro del insumo ortopédico solicitado por los tutelantes. Explica, que los demandantes no lograron demostrar que en efecto, los zapatos ortopédicos fueron ordenados por el ortopedista que atendió al menor. De otro lado, dice que el juez no puede ordenar el suministro de requerimientos médicos, sin que previamente lo haya

ordenado el médico tratante, en atención a lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Argumentos de la Impugnación

Los padres del menor, impugnan la decisión del juez de tutela de primera instancia, y aluden que en el expediente aparecen todos los documentos relativos a la historia clínica del menor, a partir de la cual se constata la patología del menor, luego la necesidad de proporcionarle los zapatos ortopédicos en cuestión. Agregan que, el juez de primera instancia ha dejado de proteger los derechos fundamentales de su hijo menor, mediante la consideración de que es más importante la formalidad de la orden médica, que procurar la mejoría de la salud de su hijo.

Sentencia de primera instancia

El ad quem confirma la decisión de primera instancia, y reitera que la ausencia de la orden médica para el suministro de los insumos ortopédicos es relevante para no conceder el amparo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- El menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, hijo de Cruz María Barrios y Alain Rivas Albornos, se encuentra afiliado a COOMEVA EPS como beneficiario de su padre y, el 12 de octubre de 2006 fue intervenido quirúrgicamente a raíz de la enfermedad pélvica, de cadera y de su pierna izquierda que padece. La madre alega que, “al parecer un descuido en la atención médica con la colocación de pesas, está implicando que la pierna izquierda [de su hijo] se esté secando”; por lo que “el ortopedista tratante, ordenó la colocación al menor de un zapato ortopédico que permita compensar las limitaciones de la pierna izquierda ya que el

niño tiene que andar empinado en dicho pie”.

Los jueces de tutela en ambas instancias niegan el amparo, porque no aparece en el expediente la orden médica de suministro de los insumos ortopédicos solicitados.

De otro lado, el juez de primera instancia decretó como prueba, el concepto médico-legista en relación con la patología del menor, especialmente respecto de la necesidad o no de los zapatos ortopédicos solicitados en la demanda de tutela (Fl. 16). Así, a folios 35 y 36 del expediente, obra el dictamen mencionado, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Regional Noroccidente – Seccional Antioquia – Unidad Básica Apartadó -, del 13 de abril de 2007, suscrito por el Doctor Yoshit José Pacheco Torres. De esta manera, en dicho dictamen se concluye que el menor requiere del zapato ortopédico, así como los beneficios que ello le traería respecto de su patología.

En relación con el anterior diagnóstico, no se hace referencia alguna por parte de los jueces de instancia. Sólo afirma en general, que el juez de tutela no puede sustituir ni interferir el criterio médico, por lo cual la orden específica de suministro de los zapatos ortopédicos resulta un requisito sine qua non, para que el juez constitucional imparta una orden en dicho sentido. Contrario sensu, si dicha orden médica no existe, como es el caso, no es procedente que el juez de tutela la imparta.

Problema Jurídico

3.- A partir de lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales del menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, al negársele el suministro de zapatos ortopédicos, en razón a que no existe orden médica suscrita por el médico tratante de la EPS demandada, y bajo el argumento establecido por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que el juez de tutela sólo puede ordenar en materia de prestaciones en salud, aquéllas que previamente hayan sido ordenadas por un médico. Y lo anterior, en consideración también, del dictamen de medicina legal que obra en el expediente, en relación con la patología del menor, el cual concluye la necesidad y favorabilidad del insumo ortopédico solicitado.

Protección del derecho a la salud por acción de tutela y protección reforzada de la prestación del servicio de salud a los menores de edad. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es tanto un derecho como un servicio público². Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³. Se ha sostenido igualmente, que el mencionado derecho a la salud no puede protegerse prima facie por vía de tutela, pues su garantía implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. De otro lado, es necesario determinar las prestaciones que definen el contenido del derecho a la salud, pues al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, éste tiene la estructura normativa de principio y, en esa medida, las condiciones de aplicación de la obligación constitucional de garantizar el servicio de salud a los colombianos, deben ser concretadas en prestaciones específicas, que hagan efectiva su exigibilidad ante el juez.

Por lo anterior, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de

derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

5.- En un nivel de abstracción distinto, en los dos supuestos descritos, ha sostenido la Corte Constitucional de igual manera, que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción de este derecho, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación en materia de salud. Esto, mediante la prerrogativa que *prima facie* tiene el derecho fundamental a la autonomía personal. En dichas situaciones resulta especialmente importante para el juez de amparo, la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento, tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamientos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante. De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a éstos decidir libre y conscientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia.⁴

6.- En relación con falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.”⁵ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La

competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multiafiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.⁶

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"⁸. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

Derecho a la Salud de los menores de edad

7.- El Constituyente de 1991, estableció diversas normas constitucionales cuyo principal objetivo es proteger en la mayor medida posible a los menores de edad, así:

“[l]os Derechos Fundamentales de los Niños gozan de una especial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional. La garantía que el orden jurídico constitucional les otorga a los niños es extensa. Se encuentra plasmada en distintos preceptos constitucionales⁹ y en especial en el artículo 44 superior. Allí se enumeran los derechos fundamentales de los niños: el derecho a que su vida e integridad física sean debidamente protegidas; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a gozar de una alimentación equilibrada; el derecho al nombre y a la nacionalidad¹⁰.

En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de los niños así como a garantizar <su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos> y se determina que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que <los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás>.

(...)

En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de una muy amplia protección. En la línea de lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º establece que <[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad>, tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos¹¹, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales – aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que los niños tienen derechos de protección específicos¹². Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la han ratificado¹³ sino del alcance e importancia de los

preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar los derechos de los menores. Es factible afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye < toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales >14.” [T-307 de 2006]

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sintetizado la aplicación del criterio anterior, en el ordenamiento constitucional vigente, de la siguiente manera:

“<No hay ninguna duda que la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución Política y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.>15

<Es indudable que en el evento bajo estudio están en juego los derechos de un niño, y la Constitución consagra un régimen de protección especial para los menores, en el que se proclama la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Además, en aplicación de ese régimen especial, la Corte Constitucional ha reiterado que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política.>16” 17 [T-659 de 2003]

De igual manera, se ha establecido que “el derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente18”. [T-540 de 2002]

De lo anterior, se deriva que el derecho a la salud de los menores de edad goza de especial preponderancia en nuestro sistema jurídico. De ahí, que la Corte haya sostenido que “la salud de los niños tiene connotación de fundamental derivada no de su conexidad con otro derecho fundamental, sino de la aplicación directa de la Constitución que lo consagra como tal.”19

8.- Cabe recordar también, que para la defensa efectiva de los derechos fundamentales de los menores por medio de la acción de tutela, la Corte ha dicho que todo ciudadano está legitimado para interponer en su favor la mencionada acción judicial. Al respecto se dijo en sentencia T-758 de 2005: “[l]a Corte debe reiterar que tratándose de menores de edad, cualquier persona está legitimada para incoar el amparo constitucional de sus derechos fundamentales”.²⁰

Sobre el derecho al diagnóstico.

9.- Respecto del carácter integral de derecho a la salud, la Observación General 14 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad de dicho derecho. Estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Dentro de la disponibilidad y la calidad como elementos esenciales de la prestación integral del servicio, en especial, el derecho al diagnóstico ha encontrado un desarrollo importante, originado en características propias del diseño de la prestación del servicio a la salud. Así, dicho derecho cobra importante relevancia, en la conjunción de dos factores que permiten en la práctica prestar el servicio en mención. De un lado, la exigencia de que las solicitudes consistentes en que el juez de tutela ordene a una empresa prestadora del servicio de salud, el reconocimiento de una prestación en salud, estén respaldadas por ordenes médicas. Y, de otro lado, las eventuales deficiencias en la prestación del servicio, que han sido protegidas sistemáticamente por la Corte Constitucional, a partir de la garantía del principio de calidad en la prestación del servicio.

Por ello, la regla general es que si se reclama una determinada prestación de una empresa prestadora del servicio de salud, esta debe estar previamente contenida en una orden emitida por un médico adscrito a dicha empresa; pues, se asume que la orden en cuestión es el resultado del seguimiento del estado de salud del paciente, y es producto del análisis médico correspondiente, que se le ha adelantado como usuario de la empresa en cuestión.

También, como se explicó más arriba, la exigencia de que las ordenes del juez de tutela en relación con el reconocimiento de prestaciones en materia de salud, estén siempre respaldadas por una orden médica en el mismo sentido; busca resguardar el principio según

el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y sólo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la pertinencia de un tratamiento médico.

11.- Junto a lo anterior, existen situaciones en las que el diseño institucional de las empresas e instituciones que participan en la implementación de la prestación del servicio de salud, no permite dar cuenta de situaciones particulares de los usuarios. Esto, se puede ver representado entre otros, en que los usuarios deben someterse a meses de espera para acudir un especialista, o a que vean limitadas sus posibilidades de acceder a varias opiniones medicas en relación con su estado de salud; o a que, dependiendo de la autovaloración que realicen de su condición particular de salud, concluyan que dicha condición requiere de atención urgente, que no puede ser brindada por las empresas que les prestan el servicio, en virtud del procedimiento interno que éstas despliegan. Por ello, acuden a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a la formalidad exigida, tanto por las empresas en cuestión, como por la misma jurisprudencia constitucional en materia de salud, de conformidad con lo explicado más arriba.

En este orden de ideas, la exigencia del requisito explicado, según el cual la procedencia del reconocimiento por tutela de una prestación en salud, debe derivarse de una orden del médico tratante, ha de ponderarse con la consideración de eventos que representan deficiencias en la prestación del servicio, y que por tanto vulneran el principio de calidad con la que debe darse dicha prestación.

12.- El aspecto que surge del análisis planteado, sugiere que los usuarios del servicio de salud no se encuentran del todo desprotegidos jurídicamente, en cuanto a la garantía de una prestación en salud que ha sido prescrita por un médico que no es adscrito a la empresa que le presta dichos servicios. En estos casos, de entrada se puede afirmar, que a los usuarios les asiste el derecho a que la empresa de salud a la cual se encuentran afiliados, se pronuncie desde el punto de vista médico, sobre el diagnóstico de su estado de salud emitido por un médico ajeno a la empresa. Esto es, tienen derecho al diagnóstico, en el sentido en que se debe emitir un pronunciamiento médico, por parte de un médico(s) adscrito(s) a la empresa en mención, que avale o controvierta – desde el punto de vista médico, se insiste -, el diagnóstico realizado por el médico externo.

Lo anterior, tiene como sustento al menos dos razones. La primera, porque forma parte del

principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.

Por ello, en el evento en que exista un diagnóstico de un médico no adscrito a la empresa que presta servicios de salud a una persona, ésta tiene derecho a que dicha empresa, que es la que en últimas reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si se requiere o no, por la condición de salud de la persona, reconocer una prestación. Y, la única manera de responder a ello, es emitir un diagnóstico que de cuenta de aquél que se originó en un médico ajeno a la empresa²¹.

La segunda, consiste en que no se vulnera el verdadero alcance de la regla jurisprudencial que exige que sea el médico tratante el que emita la orden. Esto, por cuanto dicha regla busca de un lado, satisfacer el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que el médico labore o no en una determinada empresa.

De otro lado, resulta lógico que las mencionadas empresas busquen reconocer aquellas prestaciones que sus médicos adscritos prescriben; pues las órdenes médicas, tal como se explicó, implican un procedimiento previo de seguimiento y análisis científico del estado de salud de las personas, lo que a su vez, se presume, es labor de estas empresas frente a sus afiliados. Aunque, ello no puede implicar que se anule la posibilidad de que el paciente, por ejemplo, acceda a “segundas” opiniones médicas de su condición de salud. Y, en dicho sentido, se puede afirmar que del procedimiento y seguimiento que precede la orden del médico tratante, forma parte también la controversia médica que se pueda suscitar en

relación con la condición de salud del paciente y la manera de tratarla. Lo que, tendrá como conclusión, por supuesto, aquello que redunde en un mayor beneficio para el paciente.

En el mismo sentido, no se puede entonces afirmar, que lo anterior corresponda a una vulneración de la exigencia general de que las prestaciones en salud, a las tiene derecho una persona, deben ser prescritas por el médico tratante. Por el contrario, se puede concluir que, aceptar que la valoración del médico tratante puede ser complementada o controvertida, realiza de mejor manera aquel principio que procura que los pacientes obtengan del servicio de salud aquello que más los beneficie.

A la luz de los anteriores criterios se analizará el caso concreto objeto de revisión.

Caso concreto.

13.- El menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, hijo de Cruz María Barrios y Alain Rivas Albornos, se encuentra afiliado a COOMEVA EPS como beneficiario de su padre y, el 12 de octubre de 2006 fue intervenido quirúrgicamente a raíz de la enfermedad pélvica, de cadera y de su pierna izquierda que padece. La madre afirma que el ortopedista ordenó el suministro de zapatos ortopédicos, como parte del tratamiento adelantado a su hijo.

La EPS COOMEVA se niega a suministrar los zapatos ortopédicos, porque no existe prescripción médica que lo ordene, por parte del médico tratante. Explica que dicho insumo ortopédico está excluido del POS, y que no existe en el expediente indicación médica alguna que “permita concluir que [el suministro de los zapatos mencionados] es indispensable para preservar, mejorar o proteger la vida, salud y dignidad del menor.” Por su lado, los jueces de tutela en ambas instancias niegan el amparo, porque no aparece en el expediente la orden médica de suministro de los insumos ortopédicos solicitados.

En efecto, en el expediente no aparece orden médica alguna, suscrita por el ortopedista tratante del menor mencionado, en el sentido de ordenar el uso de zapatos ortopédicos. Pero, a folios 35 y 36 del expediente, obra un dictamen de medicina legal, en relación con la patología del menor, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Regional Noroccidente – Seccional Antioquia – Unidad Básica Apartadó -, del 13 de abril de 2007, suscrito por el Doctor Yoshit José Pacheco Torres. Este dictamen fue allegado como prueba decretada por el juez de primera instancia (Fl. 16). Allí se concluye, que el menor

requiere del zapato ortopédico, así como que ello le traería beneficios respecto de su patología.

Vulneración de los derechos fundamentales

14.- De conformidad con lo expuesto, encuentra esta Sala de Revisión, que del texto del dictamen de medicina legal, que responde a la inquietud del juez consistente en si es o no necesario el suministro de zapatos ortopédicos, en consideración a la patología del menor, se desprende claramente que sí existe tal necesidad. Por ello, de conformidad con lo expuesto, al menor le asiste el derecho, al menos, de que la EPS demandada emita un diagnóstico médico que confirme o controvierta el diagnóstico del médico legista. El hecho de que exista el diagnóstico en mención, y ni el juez de tutela ni la misma EPS hayan procurado que los médicos adscritos a dicha entidad, se pronunciaran sobre si lo afirmado por el médico legista es procedente o no, implica la vulneración del derecho a la salud del menor Jhon Sebastián Rivas, en el punto específico de su derecho al diagnóstico por parte de la empresa que le presta el servicio de salud.

15.- En efecto, a folio 36 del expediente, se observa la conclusión del dictamen mencionado²², en el siguiente sentido:

“En respuesta a sus inquietudes me permito responder de la siguiente manera:

El paciente sufre de una enfermedad ósea del lado izquierdo de la cadera que en consultas se evidenció que está en avanzado estado (fase de necrosis) por lo cual se realizó un procedimiento quirúrgico (osteotomía pélvica de salvamento) por la magnitud de este procedimiento se conoce las posibles complicaciones las cuales se le dieron a conocer en su momento a la madre del menor.

Lo que solicita saber sobre el zapato ortopédico es lo siguiente: mediante la colocación de dicho zapato se va a corregir la limitación en el arco del movimiento del pie izquierdo y a corregir la postura anatómica de dicho miembro, es un proceso largo en el tiempo y de paciencia, no es un procedimiento de urgencia pues la vida del paciente no está en peligro, es un procedimiento terapéutico y que tendrá mejores resultados al ser pronto el inicio de la terapia.”²³

Por demás, respecto del anterior diagnóstico, no se hace referencia alguna por parte de los jueces de instancia. Sólo afirman en general, que el juez de tutela no puede sustituir ni interferir el criterio médico, por lo cual la orden específica de suministro de los zapatos ortopédicos resulta un requisito sine qua non, para que el juez constitucional imparta una orden en dicho sentido.

16.- Lo anterior, sugiere que la certeza que buscaban tener los jueces de instancia, e incluso la EPS demandada, sobre si el menor en realidad requería del insumo ortopédico solicitado, se puede desprender del informe de medicina legal. De ahí, que no se entienda por qué no se hizo referencia a él en los fundamentos de las decisiones de instancia, ni por qué se descartó el amparo en razón a que no se encontró prescripción médica en dicho sentido, suscrita por el ortopedista tratante adscrito a la EPS.

Sobre lo anterior, cabe analizar dos situaciones, las cuales podrían hacer pensar que el dictamen solicitado por el a quo, no tiene la vocación de sustentar la certeza de que el menor si requiere los zapatos ortopédicos, y así, no configura una justificación suficiente para garantizar el amparo constitucional. La primera, consiste en que, se podría pensar que sin importar el contenido del criterio médico encontrado en el expediente, el único criterio médico válido para ordenar el reconocimiento de una prestación en salud, es el del ortopedista tratante adscrito a la entidad demandada. Luego, si dicho criterio no está presente en el expediente, no procede el reconocimiento de la prestación. Y, la segunda, que como el contenido del diagnóstico del medico legista, explica que el suministro de los zapatos ortopédicos “no es un procedimiento de urgencia pues la vida del paciente no está en peligro”, entonces se podría hacer caso omiso al hecho de que el menor necesite los mencionados zapatos.

17.- Sobre lo primero se puede afirmar que, de conformidad con lo explicado en el acápite pertinente, el sentido de la regla jurisprudencial, según la cual para que el juez de tutela pueda ordenar el reconocimiento de una prestación en salud, debe existir una orden en dicho sentido suscrita por el medico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, no tiene la intención de anular dentro del proceso de amparo, otros criterios médicos, originados en profesionales de la salud ajenos a la entidad demandada. Como se dijo más arriba, el diagnóstico de un médico distinto al adscrito de la empresa de la cual se solicita el reconocimiento de una determinada prestación, forma parte del proceso a partir

del cual se prescribe el diagnóstico por parte de los profesionales de la entidad en cuestión, y en dicho sentido genera la obligación por parte de ésta, de pronunciarse sobre el alcance médico de lo afirmado en el diagnóstico ajeno a su grupo de profesionales adscritos.

Luego, no se puede afirmar, que si existe un diagnóstico en relación con alguna condición de salud de una persona, del cual se derive la necesidad de alguna prestación en salud, y dicho diagnóstico no lo suscribe el médico tratante de la empresa que le presta los servicios de salud, entonces no se puede concluir la necesidad y pertinencia de la prestación en cuestión. Esto sería como afirmar que la regla jurisprudencial que establece el requisito de la orden del médico tratante, tiene el alcance de hacer inválido cualquier otro diagnóstico médico ajeno a los emitidos por la entidad demandada. Lo cual, según lo explicado no es cierto, y además desproporcionado. Por ello, se reitera, que se genera la obligación de un diagnóstico por parte de dicha entidad, que de cuenta de aquél originado en médicos ajenos a su grupo de profesionales.

18.- Ahora bien, respecto del contenido del dictamen de medicina legal que plantea que el insumo ortopédico no es urgente porque si el menor no lo usa, no se pone en riesgo su vida, configura un argumento que se cae por su propio peso. En primer término, en el punto en el que se encuentra el desarrollo de la garantía de los derechos fundamentales, y en especial el derecho a la salud en Colombia y en los llamados estados constitucionales de derecho, no resulta acertado afirmar que las prestaciones en materia de salud son de urgente garantía, sólo cuando está en peligro la vida. Esto es como afirmar que las personas sólo tienen derecho fundamental a la salud cuando su condición de salud amenaza su vida.

De otro lado, como se explicó en el acápite pertinente, el criterio de urgencia para garantizar el reconocimiento de prestaciones en materia de salud, está dado por el concepto mismo de salud, el cual no se restringe al hecho de que su garantía permite garantizar la vida. Por el contrario, la salud en sí misma comporta la realización, entre otros, de la dignidad y de la protección especial que en ciertos casos estipula la Constitución. Entonces, es tan urgente que la precaria o ausente garantía del derecho a la salud implique poner en riesgo la vida, como que implique una situación de indignidad, o que sugiera la inaplicación de cláusulas constitucionales. No es pues aceptable, que el criterio de urgencia para decidir si se proporciona o no una prestación en salud, sea que al no proporcionarse no se arriesga la vida del paciente.

En el caso concreto, resulta claro, según el dictamen del médico legista, que el suministro de los zapatos ortopédicos, procura al menor mejoría en su patología, y que entre más pronto los use mayor efectividad tendrá como tratamiento. Lo anterior es razón suficiente, para justificar que el suministro del insumo ortopédico es urgente y que el juez de tutela debe procurar su garantía. Se insiste en que, es tan urgente la vida del menor, como su dignidad y la obligación constitucional de su protección reforzada.

Alcance de la orden

19.- Desde otra perspectiva, cabe preguntarse cuál es la forma más adecuada de brindar la protección del derecho a la salud del menor en el presente caso. En principio, y de conformidad con las líneas jurisprudenciales que se reconstruyeron, lo procedente sería ordenar a la EPS demandada, emitir un diagnóstico que justifique la pertinencia o impertinencia del dictamen del médico legista. Aunque, esto implicaría someter al menor a un procedimiento que, de haberse tomado en cuenta la prueba del dictamen médico, por parte del juez de tutela, se hubiera surtido en el proceso judicial de amparo. Lo cual podría no ser proporcionado teniendo en cuenta la urgencia, con la que se requieren los insumos ortopédicos.

Por ello, se ordenará a la EPS demandada que disponga lo necesario para que se le proporcionen al menor los zapatos ortopédicos a los que hace referencia el médico legista. Aunque, esto implica que no se aplique en el presente caso, la regla general según la cual la orden médica la debe emitir el médico tratante adscrito a la EPS demandada, se debe tener en cuenta que la obligación de la accionada es emitir un diagnóstico. Y, con mayor razón, se justifica dicha obligación, porque en el expediente ya existe otro diagnóstico que desde antes del fallo de primera instancia, luego no razonable ni proporcionado negar el suministro del insumo médico, porque la orden en dicho sentido no existía. Si bien, no es la orden del médico tratante adscrito, esto tiene como causa deficiencias en la prestación del servicio, cuyas consecuencias no pueden generar perjuicios al paciente menor de edad.

Lo anterior, configura una justificación suficiente, para hacer una excepción en la aplicación de la regla jurisprudencial en mención, según la cual la orden médica debe provenir del médico tratante adscrito a la EPS. Pues, como se explicó, su aplicación sería desproporcionada respecto de la urgencia con que el menor necesita los zapatos ortopédicos.

20.- De otro lado, esta Sala ordenará el reconocimiento de los insumos ortopédicos solicitados, incluso frente al evento de que están excluidos del POS; pues como se demostró, la garantía es urgente, en cabeza de un sujeto de especial protección constitucional, y la incapacidad económica alegada por los demandantes se presume, si es que la demandada, los jueces de instancia o las pruebas del expediente, como es el caso, no demuestran lo contrario.

21.- Por último, como se acaba de afirmar, según el parágrafo del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994, los zapatos ortopédicos se encuentran expresamente excluidos de POS. Por ello, se establecerá en la parte resolutive de esta sentencia, la posibilidad de que COOMEVA EPS, efectúe recobro ante el FOSYGA, por los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Apartadó - Antioquia, el 8 de junio de 2007, en segunda instancia, en el proceso de tutela promovido por Cruz María Barrios y Alain Rivas Albornos en representación del menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, contra COOMEVA EPS; y en su lugar,

SEGUNDO.- ORDENAR a COOMEVA EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, disponga los trámites necesarios para que se proporcione al menor Jhon Sebastián Rivas Barrios, los zapatos ortopédicos que requiere, de conformidad con dictamen de medicina legal que obra en el expediente²⁴.

TERCERO.- SEÑALAR que a COOMEVA EPS, le asiste el derecho a reclamar ante el FOSYGA, por los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Regional Noroccidente – Seccional Antioquia – Unidad Básica Apartadó -, del 13 de abril de 2007, suscrito por el Doctor Yoshit José Pacheco Torres (Fls. 35 y 36).

2 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Sobre la relevancia constitucional y el alcance de los análisis del juez de tutela en relación con el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento a un paciente, así como sobre la distinción entre razones de falta de idoneidad de un lado, e inconveniencia de otro, para negar el reconocimiento de éstos, se puede consultar entre otras la sentencia T-234 de 2007.

5 Sentencia T-859 de 2003.

6 Ley 1122 de 2007: “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

7 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

8 SU-337 de 1999

9 [Cita del aparte transcrito] Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.” Sentencia C-157 de 2002.

10 [Cita del aparte transcrito] Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se encuentra también “el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”, así como el derecho de los niños a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

11 [Cita del aparte transcrito] Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

12 [Cita del aparte transcrito] El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

13 [Cita del aparte transcrito] Ha sido ratificada por 191 países. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991.

14 [Cita del aparte transcrito] De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan

países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores¹⁴. La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de los menores cuando por alguna razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores del menor. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)¹⁴; (b) el principio del interés superior del niño (artículo 3º)¹⁴; (c) el principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)¹⁴; el principio de participación (artículo 12)¹⁴; (viii) los Estados deben armonizar lo dispuesto en las legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (ix) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

15 [Cita del aparte transcrito] Ver sentencia T-640 de 1997 y T-1346 de 2000

16 [Cita del aparte transcrito] Ver sentencias T-556 de 1998 y T-514 de 1998.

17 [Cita del aparte transcrito] Ver sentencia T-610 de 2000.

18 [Cita del aparte transcrito] Sentencias SU-819 de 1999 y T001 de 2000, entre otras.

19 T-659/03

20 En el mismo sentido, en Sentencia T-143 de 1999 se dijo: “La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia”.

21 En algunos casos, el problema puede versar justamente sobre la dificultad médica de emitir un diagnóstico. La Corte ha sostenido, que en estos casos no resulta inoperante el derecho al diagnóstico, pues, lo que se garantiza en ellos, es el despliegue de todas aquellas actividades necesarias para que se haga posible el diagnóstico en cuestión. Ver T-583 de 2007: “...esto no quiere decir que en casos en los que desde el punto de vista médico resulte difícil brindar un diagnóstico concreto del estado de salud de un(a) paciente, no se pueda reconocer la prestación integral del servicio de salud. En estos casos es igualmente posible exigir, que la orden del juez de tutela sea determinable, por ejemplo en sentido de reconocer el conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o que se logre dicha determinación por cualquier otro criterio razonable.”

22 Dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección

Regional Noroccidente – Seccional Antioquia – Unidad Básica Apartadó -, del 13 de abril de 2007, suscrito por el Doctor Yoshit José Pacheco Torres (Fls. 35 y 36).

23 Énfasis fuera de texto.

24 Dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Regional Noroccidente – Seccional Antioquia – Unidad Básica Apartadó -, del 13 de abril de 2007, suscrito por el Doctor Yoshit José Pacheco Torres (Fls. 35 y 36).