

Sentencia T-412/04

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental

De otra parte, las circunstancias en que se encuentra el menor Néstor Julián Canal Ochoa al padecer de parálisis cerebral, padecimiento que le dificulta su desarrollo motor, implican que sea objeto de la especial protección que ordena el artículo 13 de la Constitución Política cuando afirma que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. En virtud de esta especial protección que dispensan las normas superiores, la jurisprudencia ha considerado que el derecho a la salud de las personas en situación de debilidad manifiesta se torna per se fundamental.

ACCION DE TUTELA CONTRA ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Procedencia por tratarse de particular encargado de prestación de servicio público

No cabe pues duda sobre la naturaleza fundamental de derecho cuya protección se invoca, ni sobre la procedencia de la acción contra la ARS demandada, por tratarse de un particular encargado de la prestación de un servicio público.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Procedimiento quirúrgico óptimo y en una IPS diferente a la contratada por la ARS

La jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver cómo no es facultad del juez constitucional indicar el tratamiento médico que debe serle practicado a un paciente, y ha insistido en que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por los “médicos tratantes”, dado que son sólo ellos quienes, por tener los conocimientos de los que carece el abogado, pueden determinar si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular. La Corte ha puesto especial énfasis en que para que prospere la acción de tutela contra una EPS, el tratamiento debe estar determinado por el “médico tratante adscrito a la entidad demandada”, posición jurisprudencial que resulta perfectamente aplicable respecto de acciones incoadas en contra de las ARS. Sobre el particular ha dicho esta Corporación que no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la entidad accionada, y que, en consecuencia, si el demandante decide acudir a un médico diferente a aquellos vinculados a la EPS (o a la ARS)

a que está afiliado, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Lo que debe entenderse por médico tratante

La Corporación ha entendido por médico tratante “el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente”, concepto que, como es obvio, se predica igualmente respecto de las ARS. Por lo tanto, si el procedimiento o medicamento formulado no ha sido prescrito por un facultativo que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede ordenar a la EPS o a la ARS la realización de tratamiento determinado por el médico particular. Empero, si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede hacerse efectiva.

JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede valorar un tratamiento médico/CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DE LOS PADRES/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Eficacia de procedimientos médicos no le corresponde al juez establecerla

La anterior línea jurisprudencial está orientada a definir que no es al juez constitucional a quien corresponde escoger el tratamiento médico que debe ser practicado al paciente. Sin embargo, la Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre a cerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Trato preferencial a discapacitado se ha entendido jurisprudencialmente como un mandato de optimización

Esta protección especial “en la máxima medida posible” que dispensan a los menores discapacitados las normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos ha sido jurisprudencialmente interpretada como “un mandato de optimización”, es decir, como el compromiso social de buscar para esta clase de niños el tratamiento más adecuado a sus necesidades, aquel que de mejor manera provee o contribuye a su mejoría, a su proceso de socialización y a su desarrollo cultural y espiritual.

Si bien la elección del tratamiento médico adecuado ordinariamente compete al médico tratante, en el caso de menores discapacitados esta selección debe ser particularmente meticulosa, de manera que exista certeza en cabeza del facultativo sobre la calidad óptima de la atención que va a prestar la menor impedido. En efecto, el mandato de optimización exige este comportamiento especialmente atento a las necesidades del niño discapacitado, de forma tal que no se escatimen recursos para lograr su mejoría. En tal sentido, si lo mejor para el niño no está incluido dentro de los planes obligatorios que lo cobijan, o si la entidad a que se encuentra adscrito no se halla en condiciones de suministrar esta mejor opción, el médico no debe dudar en formularlo a pesar de estas circunstancias, y el juez constitucional debe autorizarlo si así le es solicitado por vía de tutela, previa comprobación de la prescripción médica del médico tratante, y permitiendo a la respectiva entidad el reembolso de los gastos con cargo al Fosyga. No a otra conclusión puede arribarse a partir del compromiso estatal de solidaridad con los más débiles. Compromiso que se funda, a su vez, en el reconocimiento constitucional del principio de dignidad de todo ser humano. Si la dignidad equivale al merecimiento de un trato acorde con la propia naturaleza, posición y situación personal, resulta obvio que las personas en situación de debilidad manifiesta merecen todo aquello les facilite su mejoramiento personal físico y psicológico, su incorporación a la sociedad y su desarrollo pleno como seres humanos racionales y tendientes a la realización de su proyecto de vida; ese trato especial es una deuda jurídica en virtud del principio de solidaridad, y no un acto de beneficencia o liberalidad.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Elección de tratamiento más adecuado/CONSENTIMIENTO SUSTITUTO EN EL CASO DE MENORES DE EDAD-Elección de tratamiento médico más adecuado/CONSENTIMIENTO CUALIFICADO-En casos de intervenciones riesgosas o invasivas o de incertidumbre sobre el mejor tratamiento o procedimiento para el paciente

En diversos pronunciamientos la Corte ha hecho ver que el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, que se deriva del mandato pro libertate acogido por nuestra Constitución, exige que su consentimiento sea otorgado para proceder a practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo y que sus decisiones en esta materia sean producto de una suficiente información; en tal virtud, dicho principio de autonomía impone a los médicos tratantes el suministrarle información comprensible a fin de que pueda decidir libremente que se somete a los tratamientos o procedimientos prescritos. El que el consentimiento del paciente sea informado supone entonces que médico debe permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. Tratándose de menores de edad o de incapaces, como regla general la Corte ha concluido que los padres y los representantes legales pueden autorizar los procedimientos o tratamientos médicos que les sean prescritos. No obstante, en algunos casos especiales ha hecho ver que se requiere autorización judicial para proceder a practicar la intervención. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que el grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen de los riesgos, los beneficios y del impacto del tratamiento y que tratándose de procedimientos muy invasivos, o riesgosos para la salud y la vida, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente o de sus padres o representantes y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un "consentimiento cualificado". En cuanto a lo que debe entenderse por consentimiento cualificado, necesario en el caso de intervenciones invasivas o riesgosas, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, la Corte ha hecho ver que se trata de la expresión de una voluntad libre de someterse o someter al menor o al incapaz a un procedimiento riesgoso o invasivo, o de optar por determinada alternativa o procedimiento, consentimiento obtenido en un proceso de información detallada, formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo. Para ello se ha hecho ver la utilidad práctica de ciertos protocolos médicos.

INFORMACION MEDICA-Debe ser transmitida de manera profesional con respeto, consideración y compromiso social

Tratándose de un padecimiento que afecta al niño y que en palabras del propio médico tratante del referido Hospital es una “grave enfermedad que padece ocasionada por la destrucción de neuronas durante su período pre-peri y postnatal temprano”, la información suministrada sobre esta penosa realidad y sobre las consecuencias que aparejará en la vida de su hijo ha debido ser transmitida dentro del contexto de una actitud profesional de respeto, consideración y compromiso social con la madre del menor, información que, además, debía ser lo más completa posible sobre las causas, naturaleza y eventuales desarrollos ulteriores del padecimiento, así como sobre los cuidados y tratamientos especiales ameritados y las alternativas sociales e institucionales de asistencia y soporte para el mejor desarrollo físico, psíquico e intelectual del menor.

Referencia: expediente T-849574

Peticionario : Gerardo Canal Arias

Procedencia: Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá

Tema: Tratamiento médico adecuado. Consentimiento informado del paciente.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C. seis (6) de mayo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá, el 15 de diciembre de 2003.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto

2591 de 1991, la Sala de Selección número dos de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

El señor Gerardo Canal Arias solicita al juez de tutela proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo Néstor Julián Canal Ochoa, presuntamente vulnerados por la ARS de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco, Cundinamarca (en adelante simplemente "ARS Comfenalco"). Los hechos que fundamentan la demanda son los siguientes:

a. El menor Néstor Julián Canal Rodríguez, de tres años de edad, se encuentra afiliado desde que nació al Sistema de Seguridad Social en Salud Subsidiado de Bogotá, a través de la ARS Comfenalco.

b. El menor padece una enfermedad llamada hemiparesia mixta, la cual ocasiona que no se logre mantener en pie, pues tiene los tendones invertidos. Por lo anterior, requiere de una cirugía urgente, pues en la medida en que va creciendo su estado de salud se deteriora.

c. El menor ha sido remitido a la IPS "Hospital El Tunal", en donde viene siendo atendido, pero sin que se presente una consulta y tratamiento constante por un ortopedista pediatra, pues siempre es examinado por diferentes médicos.

d. Ante esta situación el padre del menor optó por llevarlo a consulta particular al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en donde el cirujano especialista informó que debe practicársele una cirugía denominada "Tenotomía bilateral de peroneos" y "Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral".

e. El último cirujano del Hospital El Tunal que atendió al niño, Dr. Mauricio Páez, informa que él también puede realizarle una cirugía denominada "Liberación de Adherencias de Tendón, tenolisis, artrodesis de cuello de pie", pero - dice el demandante que este medico conceptúa- el sistema utilizado sería más invasivo y traumático para el niño, es decir el riesgo para el niño es mayor pues implica hacerle un injerto retirando parte del hueso, el cual será extraído

de la cresta iliaca, todo lo cual conlleva un nivel elevado de infección y riesgo.

f. En vista de lo anterior, mediante derecho de petición interpuesto por la madre del menor se solicitó a la ARS Comfenalco que autorizara llevar a cabo en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt el tratamiento médico denominado “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral” que requiere el menor, pero dicha entidad no concedió la autorización solicitada.

2. Contestación de la demanda

a. Que el menor Néstor Julián Canal Ochoa se encuentra afiliado desde el primero de octubre de 2001 a la ARS Comfenalco.

b. Que la madre del menor, Hermelinda Ochoa Quintana, interpuso derecho de petición ante la ARS Comfenalco, solicitando que se autorizara que la práctica del procedimiento denominado “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral” se llevara a cabo en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

c. Que Comfenalco ARS, para la atención de patologías de los niveles II y III, dentro de las cuales está incluida la patología de ortopedia presentada por el menor, tiene suscrito contrato de prestación de servicios con el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E, institución avalada por la Secretaría Distrital de Salud como IPS de Tercer Nivel, que por lo tanto cuenta con todos los recursos científicos, humanos y técnicos para brindar una adecuada atención a este tipo de pacientes.

d. Que por lo anterior, y dado que la patología presentada por el menor está incluida en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS) y corresponde a aquellas comprendidas en el contrato suscrito por Comfenalco con el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E, a la peticionaria se le contestó que el manejo de la patología de ortopedia del menor Néstor Julián Canal Ochoa seguiría siendo atendido por los especialistas ortopedia del Hospital El Tunal, toda vez que con el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, la ARS Comfenalco no tiene suscrito contrato alguno.

e. Que posteriormente la ARS Comfenalco expidió autorización de servicios dirigida al Hospital El Tunal III Nivel E.S.E., donde se autoriza la realización al menor Néstor Julián Canal

Ochoa del procedimiento quirúrgico denominado “Liberación de Adherencias de Tendón, tenolisis, artrodesis de cuello de pie”, sin que hasta la fecha de la contestación de la demanda los padres del menor se hubieran acercado a recogerla.

f. Por lo anterior encuentra improcedente que el padre del menor interponga acción de tutela para exigir la prestación de servicios médicos a su hijo, toda vez que los mismos ya fueron autorizados.

g. En cuanto a los derechos presuntamente violados, indica que no existe tal violación pues la ARS Comfenalco ha procedido siempre con diligencia dentro de los parámetros para la atención de los usuarios del POSS. Agrega que la ARS que representa está obligada a cumplir por la prestación del POSS de acuerdo con la normatividad vigente, a través de su red de prestadores de salud autorizados, lo cual significa que no tiene que atender a sus usuarios en una entidad específica, como el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt. Así, concluye que la ARS Comfenalco no ha incumplido obligaciones de ninguna índole. Ahora bien, dado que para que la acción de tutela proceda no basta con que exista el menoscabo de algún derecho fundamental, sino que además es menester que ese menoscabo proceda de la actividad ilegal del demandado, estima que, teniéndose en cuenta que la ARS Comfenalco no ha incumplido obligaciones legales de ninguna índole, la presente acción no debe resultar procedente.

4. Intervención de la Secretaría Distrital de Salud.

Requerida por el Juez de única instancia para que indicara si la cirugía solicitada mediante acción de tutela efectivamente podía ser practicada en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt o para que informara en qué otra institución podía ser atendido el menor accionante, la Secretaría respondió lo siguiente, que no contesta de fondo las inquietudes planteadas por el Juez:

a. Que el accionante se encuentra clasificado en el nivel II del SISBÉN, lo cual le da derecho a escoger la ARS, habiéndose afiliado a la ARS Comfenalco; ésta es la responsable de garantizar la prestación de los servicios médicos que requieran sus afiliados.

b. Que dentro de los servicios, procedimientos y suministros contenidos en el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado (POSS), descritos en el Acuerdo 72 de 1997 expedido

por el Consejo Nacional e Seguridad Social en Salud, se encuentra la atención ambulatoria y hospitalaria integral en traumatología y ortopedia, en el segundo y tercer nivel de complejidad médica, de lo cual se desprende que las actividades y procedimientos que el menor accionante requiere deben serle suministrados por la ARS Comfenalco, en virtud de la relación contractual que esta última entidad ha establecido con el Fondo Financiero Distrital de Salud y de las normas que regulan el Régimen subsidiado.

c. Que por lo anterior resulta improcedente cualquier acción incoada en contra de la Secretaría Distrital de Salud, pues a ella no le corresponde suministrar medicamentos ni autorizar procedimientos o intervenciones que requieran los afiliados a las ARS, ni las personas que se encuentran siendo atendidas en las IPS, dado que la Secretaría de Salud es una dependencia de carácter administrativo del distrito Capital, a la cual dentro de sus funciones le corresponde dirigir, vigilar y controlar la adecuada prestación de servicios de salud, pero no efectuar la prestación de los mismos.

5. Pruebas obrantes dentro del expediente

1. Copia de la solicitud de autorización de tratamiento hospitalario, expedida por el doctor José Luis Duplat del Instituto de Ortopedia y Traumatología Infantil Roosevelt. En dicho documento se menciona que el menor Néstor Julián Canal Ochoa requiere de la práctica del procedimiento denominado “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral”.

2. Copia de concepto médico suscrito por el mismo doctor Duplat del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en el cual se afirma que el paciente Néstor Julián Canal Ochoa debe ser intervenido quirúrgicamente para corrección de deformidad en valgo y talo de ambos pies y que requiere manejo integral por fisioterapia, psicoterapia y neuropediatría en el mencionado Instituto.

3. Copia de documento incompleto suscrito por el doctor Mauricio Páez del Departamento de Ortopedia y Traumatología del Hospital El Tunal, en el cual se hace alusión a la probabilidad de éxito del procedimiento quirúrgico que se le practicaría al menor Néstor Julián Canal Ochoa en dicha institución hospitalaria y en cual se lee lo siguiente: “... en cuanto al margen de probabilidad de éxito, se considera bastante alto, cercano al 87%, aclarando que existen riesgos como muerte, infección, no consolidación, necrosis de la herida, pérdida progresiva

de corrección que haga necesarias otras intervenciones quirúrgicas y especialmente que la lesión de base del paciente, esto es su enfermedad original, insuficiencia motora de origen central no tiene ninguna opción de mejoría. La cirugía sólo propende, mejorar el apoyo de los pies para mejorar el acondicionamiento mecánico de los miembros inferiores, eliminando obstáculos para el desarrollo de la marcha y en lo posible disminuyendo alteraciones que se presentarán con el tiempo en rodillas, caderas y columna vertebral. Por lo tanto no es un procedimiento que milagrosamente sane al menor de la grave enfermedad que padece ocasionada por la destrucción de neuronas durante su período pre-peri y postnatal temprano.”

4. Copia de la petición elevada por la señora Hermelinda Ochoa Quintana, madre del menor Néstor Julián Canal Ochoa, solicitando a la ARS Comfenalco que autorice la remisión del menor al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt. En dicho documento se hace alusión a que los padecimientos del menor corresponden a secuelas de IMOC (Parálisis cerebral). Sobre la manera en la cual la madre se enteró de esta circunstancia, se lee este relato de ella:

“A los cuatro meses lo llevé de nuevo me tocó con otro médico el cual lo examinó y me dijo que lo que presentaba el niño era a causa de las secuelas del IMOC yo le pregunté que quería decir IMOC. Le dio risa y me dijo que él si entendía pues hablaba solo en términos médicos y ni siquiera me miraba, me le ordenó una radiografías de la cadera y que volviera en cuatro meses con los resultados.

A los cuatro meses lo volví a llevar y lo vio otro médico diferente, miró las radiografías y dijo que no les veía ningún problema y me dio una orden para neuropediatría.

Allá en CONFENALCO, le dieron autorización con el Neurólogo Dr. Razz, lo valoró me dio que pusiera el niño en la camilla y cogió al niño por sorpresa por una pierna alzándolo el niño se asustó y se puso a llorar y no quiso hacer nada de lo que el Dr. pedía que hiciera entonces se enojó porque el niño lloraba y yo le pasé la historia clínica del niño la cual me tiró y me dijo que él no me estaba preguntando que había padecido el niño sino que tenía en ese momento.

Yo le dije que el niño ya intentaba sentarse sólo y que cogía algunos juguetes.

Pero él me respondió señora no sea mentirosa, ese niño no hace nada de los movimientos

que (UD), dice que hace, yo no se porque las mamás pretenden engañar y engañarse ellas mismas, queriendo ver cosas que no son. Ese niño, tiene una parálisis cerebral espástica es por esa razón que no puede moverse y le dije Doctor por que no le ordena un examen de la cabeza para ver si es cierto lo que Usted dice, él me contestó: “yo no necesito, mandar exámenes pues nunca me equivoco y además le digo que ese niño nunca va a caminar así que prepárese desde ahora a mi me gusta decirle a los pacientes la verdad y me dijo que volviera en una año a control.”

6. Copia de la respuesta dirigida a la señora Hermelinda Ochoa Quintero por la ARS Comfenalco en la cual se le indica que la patología que afecta a su hijo será cubierta a través del Hospital El Tunal.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Pruebas recaudadas por el juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá.

a. Informe rendido por el coordinador del Servicio de Ortopedia del Hospital El Tunal, con destino al Juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá, en el cual se manifiesta, en relación con el menor Néstor Julián Canal Ochoa, que se trata de un menor nacido en las instalaciones del Hospital a las veintiocho semanas de gestación, quien inicialmente estuvo internado en la unidad de cuidado intensivo durante 87 días por múltiples patologías derivadas de su prematuridad. Valorado por consulta externa le fue diagnosticada parálisis cerebral (IMOC), “con gran flacidez en los miembros inferiores, con deformidad en “cavo bilateral” marcada, al apoyar los pies se evierten”. Agrega que al menor le fue practicada terapia física para estímulo de marcha y apoyo y le fueron formuladas botas ortopédicas. Posteriormente, en junta quirúrgica del servicio de Ortopedia y Traumatología se propuso darle manejo quirúrgico. (El informe omite indicar el nombre del procedimiento quirúrgico propuesto, pero afirma que el Hospital está en capacidad de realizarlo). Por último, indica que “el daño cerebral producto de la destrucción de células nerviosas motoras (Parálisis cerebral) durante el periodo pre- peri y post natal que conlleva a flacidez de los miembros inferiores, es el que va a determinar el pronóstico de marcha . Es importante aclarar nuevamente que la cirugía de los “pies” no va a hacer que la grave lesión cerebral desaparezca y el paciente pueda marchar. El pronóstico favorable o desfavorable de su rehabilitación dependerá de la lesión original.”

b. Nuevo concepto emitido a solicitud del Juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá por el doctor José Luis Duplat Lapidés del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en donde el facultativo consigna lo siguiente: “Néstor Julián es un niño de 2 años con diagnóstico de parálisis cerebral, razón por la cual su desarrollo motor se ha retrasado. En estos momentos el niño está iniciando bipedestación. Al apoyarse es evidente una deformidad en ambos pies (valgostato severo) que hace inestable el apoyo y le dificulta el inicio de marcha independiente. Para corregir esta deformidad se propuso la cirugía Tenotomía de Peroneos Bilateral y Artrórrisis de Articulación de Astrágalo Escafoideo Bilateral. La no realización de estos procedimientos retarda y dificulta la marcha del niño así como la adaptación de férulas, indispensables para ese propósito.”

2. Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y nueve civil municipal de Bogotá.

Mediante Sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil tres (2003), el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá decidió declarar infundada la acción de tutela interpuesta, y por ende negar las aspiraciones del accionante. En sustento de esta decisión hizo las siguientes consideraciones:

Si bien la tutela procedía contra la ARS Comfenalco por tratarse de un particular encargado de la prestación de un servicio público, supuesto al que se refiere el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, y por cuanto el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental cuando está en conexidad con la vida digna o cuando se trata de la salud de un niño, para su prosperidad se requería también que se encontrara demostrada una vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales por parte de la demandada, cosa que al parecer del fallador no sucedía en el presente caso.

En efecto, sostiene el juez de única instancia que la ARS Comfenalco no ha negado la prestación de servicios médicos al menor accionante y por el contrario ha autorizado la práctica de un procedimiento quirúrgico llamado a tratar de remediar las dolencias que padece. “Cosa distinta es que los padres del menor no consideren idóneo el establecimiento hospitalario, y hayan acudido por sus propios medios al Instituto Roosevelt; sin embargo, esta calificación no tiene la virtualidad de constituir siquiera una amenaza a los derechos del menor”. Debe tenerse en cuenta, dice el juez, que el Hospital El Tunal es una institución autorizada para brindar el servicio de salud que se le ha encomendado. En cuanto a las

probabilidades de éxito del procedimiento quirúrgico propuesto por los facultativos del Hospital El Tunal, el juez pone de presente que tienen un 87% de posibilidades de éxito.

Resultando claro para el juez que la ARS Confenalco ha prestado atención médica integral al menor Néstor Julián Canal Ochoa, estima que no puede atribuírsele conducta atentatoria ni amenazadora de derechos del menor. Si lo que se persigue es que el menor sea atendido en la Institución que los padres consideran más idónea, esta pretensión, dice el juez, escapa a los objetivos de la acción de amparo, pues la misma no ha sido instituida para satisfacer las particulares preferencias de los ciudadanos, sino para proteger y garantizar derechos fundamentales de las personas cuando estos se encuentran desconocidos o amenazados.

Con fundamento en lo anterior, se negó el amparo deprecado.

3. Pruebas recaudadas por la Corte Constitucional

Mediante auto de 23 de marzo de 2004, los magistrados de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional solicitaron las siguientes pruebas:

a. Al doctor Mauricio Páez, médico adscrito al Departamento de Ortopedia y Traumatología del Hospital El Tunal de la ciudad de Bogotá, se le solicitó que informara lo siguiente: (i) si existe un tratamiento o procedimiento médico o quirúrgico diferente del denominado “Liberación de Adherencias de Tendón, tenolisis, artodesis de cuello de pie”, autorizado por la ARS Confenalco, que pueda resultar adecuado para el tratamiento de los problemas ortopédicos que padece el menor; (ii) si los procedimientos médicos denominados “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral”, que le fueron formulados al menor Néstor Julián Canal Ochoa en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, son más adecuados para el tratamiento del niño, comparados con aquellos que pueden serle practicados en el Hospital El Tunal, por ser menos invasivos y generar menos riesgos, así como por sus posibles consecuencias ulteriores; y (iii) si los procedimientos médicos formulados en el Instituto Roosevelt fueron más adecuados para el tratamiento del menor, se le solicitó que informara si ellos podían llevarse a cabo en el Hospital El Tunal, o si solamente era posible practicarlos en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

b. Al doctor José Luis Duplat L., médico ortopedista adscrito al Instituto de Ortopedia Infantil

Roosevelt, se le solicitó que informara por qué razón el procedimiento médico quirúrgico denominado “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral” es el más adecuado para el tratamiento del menor Néstor Julián Canal Ochoa (Historia N° 97561), y si tenía conocimiento acerca de si ese procedimiento puede llevarse a cabo en el Hospital El Tunal o en otra institución prestadora de servicios de salud.

En respuesta a las anteriores solicitudes, se allegaron al expediente los siguientes conceptos:

Respondiendo concretamente a la pregunta de si los procedimientos médicos que le fueron formulados al menor Néstor Julián en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt eran más adecuados para el tratamiento del niño, comparados con los que podían serle practicados en el Hospital el Tunal, el médico respondió lo siguiente:

“Es nuestro concepto, como quedó expresado en la JUNTA DE DECISIONES, que el tratamiento propuesto en el Hospital el Tunal es más adecuado que el propuesto en el Instituto de Ortopedia y Rehabilitación Infantil F del A Roosevelt (Sic), que dicho tratamiento no es menos invasivo que el propuesto por nosotros, que los riesgos generados por los procedimientos son básicamente los mismos, pero que las consecuencias ulteriores son más erráticas en la artrodesis propuesta en el Roosevelt, toda vez que se trata del pie de un menor en crecimiento y la artrodesis restringirá por completo en crecimiento de una parte del pie. Es de agregar que los dos tipos de tratamiento pueden ser realizados en el hospital el Tunal.”

- Por su parte, el doctor José Luis Duplat Lapidés informó a la Corte lo siguiente:

“La progresión de la deformidad se evita debilitando los músculos peroneos (mediante tenotomía o transferencia de los mismos) y la estabilidad del esqueleto del pie se obtiene fijando la articulación talonavicular. La no realización de éste último procedimiento se ha asociado a reaparición de la deformidad o a la aparición de enfermedades contrarias. Por estos motivos he solicitado autorización para practicar los procedimientos mencionados. Finalmente a la última pregunta sobre si este procedimiento se puede realizar en el Hospital el Tunal o en otra IPS, la respuesta es sí, siempre y cuando sea practicado por un ortopedista infantil idealmente y que tenga experiencia en esta enfermedad y en el tipo de

procedimientos sugeridos.”

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. Procedencia de la presente acción.

2.1 La presente acción en cuanto se dirige en contra de un particular.

Tal como lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política y su posterior desarrollo legislativo, la acción de tutela es procedente para la defensa de derechos fundamentales cuando quiera que aquellos se vean vulnerados o amenazados por la acción de una autoridad pública, o en ciertos casos definidos por la ley, por sujetos particulares. Dentro de estos casos se incluye aquel en el cual el particular ha asumido la prestación de un servicio público, por la especial posición en que se encuentra el particular que asume esta prestación. La presente acción de tutela se dirige contra Comfenalco ARS, entidad particular cuya naturaleza jurídica es la de ser una Administradora del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, servicio público por definición constitucional recogida en el artículo 48 superior.¹

2.2 La presente acción en cuanto persigue la defensa de un derecho fundamental.

La presente acción persigue la protección del derecho a la salud del menor Néstor Julián Canal Ochoa, derecho que, por la edad de su titular y por las especiales circunstancias de debilidad manifiesta en que él se halla, al padecer de parálisis cerebral, adquiere per se el carácter de fundamental. En efecto, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha recordado que el derecho a la salud de los niños tienen ese carácter, por expresa disposición contenida en el artículo 44 de la Constitución. En este sentido, por ejemplo, ha vertido los

siguientes conceptos:

“la propia Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a los menores y por ello proclama que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. De igual manera ha resaltado la Corte (T-165 de 1995, T- 75 de 1996, T-556 de 1998 y T-514 de 1998, entre muchas otras) que, tratándose de los niños, la salud, la integridad física y la seguridad social, tienen reconocidos el carácter de derechos fundamentales, por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política.

Al respecto la sentencia T-556 de 1998, expresó que “El derecho a la salud, cuando se trata de niños, es derecho fundamental sin necesidad de que se establezca conexidad con el derecho a la vida. Los derechos de los niños, como lo expresa sin rodeos el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los derechos de los demás”²

La Corte Constitucional ha expuesto sobre el tema de la protección que el Estado debe a la salud de los niños en la sentencia T-1220 de 20013, lo siguiente⁴:

“ ... el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”

“... en el caso de los menores, el derecho a la salud aparece elevado constitucionalmente a la condición de derecho fundamental porque el artículo 44 de la Carta así lo establece: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud...”.

“Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.”⁵

De otra parte, las circunstancias en que se encuentra el menor Néstor Julián Canal Ochoa al padecer de parálisis cerebral, padecimiento que le dificulta su desarrollo motor, implican que

sea objeto de la especial protección que ordena el artículo 13 de la Constitución Política cuando afirma que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. En virtud de esta especial protección que dispensan las normas superiores, la jurisprudencia ha considerado que el derecho a la salud de las personas en situación de debilidad manifiesta se torna per se fundamental. Sobre el particular, por ejemplo, ha sostenido:

“Esta Corporación en reiterada jurisprudencia⁶ ha señalado que el derecho a la salud, tiene el carácter de derecho fundamental, en aquellos eventos en los cuales se encuentre en conexidad con derechos fundamentales como la vida y la integridad física.⁷

“Igualmente, la Corte⁸ ha manifestado que el amparo por vía de tutela, es procedente cuando el titular del mismo sea una de las personas que de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón a su mayor vulnerabilidad.”⁹

No cabe pues duda sobre la naturaleza fundamental de derecho cuya protección se invoca, ni sobre la procedencia de la acción contra la ARS demandada, por tratarse de un particular encargado de la prestación de un servicio público.

3. El problema jurídico que plantea la demanda.

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente se concluye que lo que está en discusión en el presente caso es la obligación de la ARS demandada de suministrar el tratamiento médico quirúrgico que mejores perspectivas tiene de satisfacer las necesidades del niño Néstor Julián Canal Ochoa, asunto sobre existe una discrepancia entre sus padres y la entidad accionada, motivado en el concepto dado a los primeros por un médico particular no adscrito a esta última. Con base en dicho experticio, los padres del menor solicitan al juez de tutela que ordene a la ARS la práctica de un procedimiento quirúrgico distinto de aquel que los facultativos de la entidad demandada han considerado que debe ser llevado a cabo, y que dicho procedimiento se practique en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt. No se trata pues del reclamo de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), sino simplemente de la elección del tratamiento que se juzga óptimo para la recuperación de la salud del menor, y de su práctica en un hospital distinto de la I.P.S

contratada por la entidad demandada.

4. La escogencia del tratamiento médico que resulta más adecuado en cada caso.

La jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver cómo no es facultad del juez constitucional indicar el tratamiento médico que debe serle practicado a un paciente, y ha insistido en que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por los “médicos tratantes”, dado que son sólo ellos quienes, por tener los conocimientos de los que carece el abogado, pueden determinar si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular.¹⁰

Adicionalmente, la Corte ha puesto especial énfasis en que para que prospere la acción de tutela contra una EPS, el tratamiento debe estar determinado por el “médico tratante adscrito a la entidad demandada”, posición jurisprudencial que resulta perfectamente aplicable respecto de acciones incoadas en contra de las ARS. Sobre el particular ha dicho esta Corporación que no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la entidad accionada, y que, en consecuencia, si el demandante decide acudir a un médico diferente a aquellos vinculados a la EPS (o a la ARS) a que está afiliado, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.¹¹

Finalmente, la Corporación ha entendido por médico tratante “el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente” ¹², concepto que, como es obvio, se predica igualmente respecto de las ARS. Por lo tanto, si el procedimiento o medicamento formulado no ha sido prescrito por un facultativo que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede ordenar a la EPS o a la ARS la realización de tratamiento determinado por el médico particular.¹³

Empero, si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede hacerse efectiva. En ese sentido la Corte ha dicho:

“La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y

paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.

“La actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente (T-059/99), luego el juez no puede valorar un tratamiento.”¹⁴

Ahora bien, la anterior línea jurisprudencial está orientada a definir que no es al juez constitucional a quien corresponde escoger el tratamiento médico que debe ser practicado al paciente. Sin embargo, la Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre a cerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 597 de 200115, en donde se discutía la efectividad de varios procedimientos médicos alternativos, la Corte dijo lo siguiente:

“Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado

procedimiento médico.”

5. La atención preferencial que merecen los niños discapacitados.

Por una doble razón los niños discapacitados merecen la especial tutela del Estado: en primer lugar porque, como en el caso de todos los demás niños, sus derechos prevalecen sobre los de los demás, prevalencia que implica la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de suministrarles la asistencia y protección que garantice su desarrollo integral y armónico. (C.P Art. 44). En segundo lugar, porque en razón de su situación de debilidad manifiesta son merecedores de la atención especializada que requieran, como expresamente lo prevé el artículo 47 superior cuando dice:

“ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

Adicionalmente, los tratados internacionales suscritos por Colombia expresamente reconocen el derecho a recibir protección especial que tienen todos los niños discapacitados. En este sentido, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales”, los cuales estarán destinadas “a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”. (subraya la Corte)

Esta protección especial “en la máxima medida posible” que dispensan a los menores discapacitados las normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos ha sido jurisprudencialmente interpretada como “un mandato de optimización”, es decir, como el compromiso social de buscar para esta clase de niños el tratamiento más adecuado a sus necesidades, aquel que de mejor manera provee o contribuye a su mejoría, a su proceso de socialización y a su desarrollo cultural y espiritual. Al respecto la Corte ha dicho:

“Aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor suponía un trato todavía más especial. El niño que sufre retardo mental, a la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social.”¹⁶

De lo expuesto hasta ahora la Corte concluye lo siguiente: si bien la elección del tratamiento médico adecuado ordinariamente compete al médico tratante, en el caso de menores discapacitados esta selección debe ser particularmente meticulosa, de manera que exista certeza en cabeza del facultativo sobre la calidad óptima de la atención que va a prestar la menor impedido. En efecto, el mandato de optimización exige este comportamiento especialmente atento a las necesidades del niño discapacitado, de forma tal que no se escatimen recursos para lograr su mejoría. En tal sentido, si lo mejor para el niño no está incluido dentro de los planes obligatorios que lo cobijan, o si la entidad a que se encuentra adscrito no se halla en condiciones de suministrar esta mejor opción, el médico no debe dudar en formularlo a pesar de estas circunstancias, y el juez constitucional debe autorizarlo si así le es solicitado por vía de tutela, previa comprobación de la prescripción médica del médico tratante, y permitiendo a la respectiva entidad el reembolso de los gastos con cargo al Fosyga.

No a otra conclusión puede arribarse a partir del compromiso estatal de solidaridad con los más débiles. Compromiso que se funda, a su vez, en el reconocimiento constitucional del principio de dignidad de todo ser humano. Si la dignidad equivale al merecimiento de un trato acorde con la propia naturaleza, posición y situación personal, resulta obvio que las personas en situación de debilidad manifiesta merecen todo aquello les facilite su mejoramiento personal físico y psicológico, su incorporación a la sociedad y su desarrollo pleno como seres humanos racionales y tendientes a la realización de su proyecto de vida; ese trato especial es una deuda jurídica en virtud del principio de solidaridad, y no un acto de

beneficencia o liberalidad. La Corte ha hecho ver que los disminuidos físicos o mentales, por su falta de autonomía, están supeditados a los demás, por lo cual “si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles. Una sociedad democrática construida sobre el respeto a la dignidad humana, arriesga abdicar de sus propios principios y de toda pretensión de justicia, si desoye el llamado de sus miembros mas débiles.”

7. El consentimiento informado del paciente en la selección del tratamiento médico adecuado. Consentimiento sustituto en el caso de menores de edad. Consentimiento cualificado en casos de intervenciones riesgosas o invasivas o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente.

En diversos pronunciamientos la Corte ha hecho ver que el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, que se deriva del mandato pro libertate acogido por nuestra Constitución, exige que su consentimiento sea otorgado para proceder a practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo y que sus decisiones en esta materia sean producto de una suficiente información; en tal virtud, dicho principio de autonomía impone a los médicos tratantes el suministrarle información comprensible a fin de que pueda decidir libremente que se somete a los tratamientos o procedimientos prescritos. El que el consentimiento del paciente sea informado supone entonces que médico debe permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones.¹⁷ Tratándose de menores de edad o de incapaces, como regla general la Corte ha concluido que los padres y los representantes legales pueden autorizar los procedimientos o tratamientos médicos que les sean prescritos¹⁸. No obstante, en algunos casos especiales ha hecho ver que se requiere autorización judicial para proceder a practicar la intervención.¹⁹

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que el grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen de los riesgos, los beneficios y del impacto del tratamiento y que tratándose de procedimientos muy invasivos, o riesgosos para la salud y la vida, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar

una autonomía mayor del paciente o de sus padres o representantes y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un “consentimiento cualificado”.²⁰

En cuanto a lo que debe entenderse por consentimiento cualificado, necesario en el caso de intervenciones invasivas o riesgosas, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, la Corte ha hecho ver que se trata de la expresión de una voluntad libre de someterse o someter al menor o al incapaz a un procedimiento riesgoso o invasivo, o de optar por determinada alternativa o procedimiento, consentimiento obtenido en un proceso de información detallada, formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo. Para ello se ha hecho ver la utilidad práctica de ciertos protocolos médicos:

“La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no cierto tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas. La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía. Así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina. Finalmente, las formalidades – como la autorización escrita – son útiles para mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.”²¹

Ahora bien, en el caso de tratamientos médicos alternativos, la autonomía de la voluntad exige la intervención del paciente o de sus representantes en la elección del que resulte más adecuado, más aun cuando cada una de las opciones está contemplada dentro del plan de salud que lo cubre. Sobre este punto, la Corte se ha expresado así:

“La autonomía supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, la cual impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene el derecho de decidir entre diversos tratamientos médicos cuál le conviene más, sin que ni el Estado, ni de la sociedad, puedan imponerle uno...”²²

8. Aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales al caso presente.

De conformidad con la información que obra en el expediente y con las pruebas practicadas tanto por el juez de instancia como por esta Corporación, la discusión jurídica planteada en la demanda gira en torno de la escogencia del procedimiento médico quirúrgico que debe serle practicado al menor Néstor Julián Canal Ochoa para la corrección del problema ortopédico que padece, denominado hemiparesia mixta, el cual le ocasiona que no se logre mantener en pie. Sobre este punto, como arriba se dijo, existe una discrepancia entre la ARS que atiende al menor y la opinión de sus padres. La ARS acoge el concepto de los médicos tratantes adscritos a la entidad, y los padres el experticio de otro facultativo del Instituto Roosevelt de Ortopedia Infantil. Los padres solicitan al juez de tutela que autorice la práctica del procedimiento sugerido en el Instituto Roosevelt y que el mismo se lleve a cabo en la mencionada institución, a pesar de no ser la I.P.S. contratada por la A.R.S. demandada.

Según se ha hecho ver en reiterada jurisprudencia arriba comentada, no corresponde a esta Sala de la Corte decidir cuál de los dos procedimientos debe ser practicado. No entra pues la Sala en la discusión acerca de las bondades del tratamiento aconsejado por uno u otro facultativo, pues no le corresponde. En cambio, considera necesario proteger el derecho a la autonomía del paciente, asegurando un pleno consentimiento informado y cualificado en cabeza de sus padres, respecto de dichas alternativas de tratamiento de su menor hijo. Por eso estima que debe llamar la atención de los médicos del Hospital El Tunal en lo relativo a su obligación de suministrar a los padres de Néstor Julián una información detallada relativa a las bondades y riesgos de cada uno de los procedimientos que pueden llevarse a cabo, siendo claros en cuanto a que ambos pueden practicarse en el Hospital El Tunal.

El médico ortopedista tratante del niño ha dicho dentro del presente expediente y a solicitud de la Corte, que “el tratamiento propuesto en el Hospital el Tunal es más adecuado que el propuesto en el Instituto de Ortopedia y Rehabilitación Infantil F del A Roosevelt (Sic), que dicho tratamiento no es menos invasivo que el propuesto por nosotros, que los riesgos

generados por los procedimientos son básicamente los mismos, pero que las consecuencias posteriores son más erráticas en la artrodesis propuesta en el Roosevelt, toda vez que se trata del pie de un menor en crecimiento y la artrodesis restringirá por completo en crecimiento de una parte del pie.” Ha agregado que ambos procedimientos pueden ser llevados a cabo en el Hospital El Tunal. Esta información relativa a las bondades del procedimiento aconsejado por los médicos adscritos a la ARS demandada debe suministrarse de manera comprensible para los padres del niño, sopesando con ellos los riesgos implícitos en una y otra alternativa, de manera que ellos entiendan las razones que llevan a los médicos de la referida ARS a recomendar determinada alternativa.

Llama la atención a la Sala la manera en la cual la madre del menor fue informada de la circunstancia de que su hijo padecía de parálisis cerebral; en sus propias palabras, esta información de tanta envergadura le fue transmitida así:

“A los cuatro meses lo llevé de nuevo me tocó con otro médico el cual lo examinó y me dijo que lo que presentaba el niño era a causa de las secuelas del IMOC yo le pregunté que quería decir IMOC (Parálisis cerebral). Le dio risa y me dijo que él si entendía pues hablaba solo en términos médicos y ni siquiera me miraba, me le ordenó una radiografías de la cadera y que volviera en cuatro meses con los resultados.” (Paréntesis fuera del original)

Tratándose de un padecimiento que afecta al niño y que en palabras del propio médico tratante del referido Hospital es una “grave enfermedad que padece ocasionada por la destrucción de neuronas durante su período pre-peri y postnatal temprano”, la información suministrada sobre esta penosa realidad y sobre las consecuencias que aparejará en la vida de su hijo ha debido ser transmitida dentro del contexto de una actitud profesional de respeto, consideración y compromiso social con la madre del menor, información que, además, debía ser lo más completa posible sobre las causas, naturaleza y eventuales desarrollos posteriores del padecimiento, así como sobre los cuidados y tratamientos especiales ameritados y las alternativas sociales e institucionales de asistencia y soporte para el mejor desarrollo físico, psíquico e intelectual del menor.

Por todo lo anterior, si bien la Corte no entrará a decidir directamente cuál es el procedimiento médico quirúrgico que debe serle practicado al niño, pero en cambio protegerá el derecho a la autonomía personal, implícito en las garantías de libertad personal

y reconocimiento de la personalidad jurídica a que aluden los artículos 13 y 14 de la Constitución Política, autonomía personal del la cual se deriva el derecho al consentimiento sustituto informado y calificado de los padres del menor Néstor Julián Canal Ochoa.

Para esos efectos, se procederá de la siguiente manera: (i) En el término de cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente Sentencia, los padres del menor deberán ser citados al Hospital El Tunal para que con la presencia del médico ortopedista pediatra y el médico neurólogo tratantes del menor adscritos a la ARS, así como de un psicólogo y un médico de Medicina Legal, obtengan una información detallada sobre los problemas neurológicos y ortopédicos que afectan a Néstor Julián y sobre los cuidados especiales y el soporte familiar e institucional que deba recibir para lograr su desarrollo en las mejores condiciones posibles. (ii) En dicha reunión los padres del menor deberán escoger el procedimiento médico ortopédico a seguir, previa explicación dada con mucha claridad y en términos comprensibles para ellos sobre las bondades y riesgos de cada uno de los dos procedimientos que han sido sugeridos, así como de las razones por las cuales los médicos tratantes adscritos a la A.R.S. demandada prefieren el que han formulado y no el otro recomendado en el Instituto Roosevelt de Ortopedia Infantil, a pesar de que ambos pueden ser practicados en el Hospital El Tunal. (iii) Surtida esta etapa, los padres del menor deberán ser nuevamente interrogados sobre su determinación respecto del procedimiento médico a seguir, en una nueva reunión que tendrá lugar a los diez días hábiles siguientes a la primera y en la cual se les otorgará una nueva oportunidad de resolver las dudas que aun tengan. (iv) En cualquier caso se les exigirá a ambos padres su autorización escrita para proceder a la intervención por ellos escogida, que deberá ser llevada a cabo en el Hospital El Tunal.

Finalmente, teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales los padres del menor relatan haber sido atendidos por los médicos tratantes de su hijo, la Sala formulará a la Superintendencia de Salud una solicitud de investigación que recaiga sobre el trato que se ha dispensado a los padres del menor Néstor Julián Canal Ochoa con motivo de la atención médica suministrada a su hijo en el Hospital El Tunal.

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

RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil tres (2003) por el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá.

Tercero: Exhortar a la Superintendencia de Salud a fin de que lleve a cabo una investigación que recaiga sobre el trato que se ha dispensado a los padres del menor Néstor Julián Canal Ochoa, con motivo de la atención médica suministrada a su hijo en el Hospital El Tunal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

2 M P. José Gregario Hernández Galindo.

3 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

4 Ver entre muchas otras las sentencias T-165 de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, T-75 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, SU-819 de 1999, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis, SU-043 de 1995, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, T-153 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencia T-203 de 2003. M.P Álvaro Tafur Gálvis.

7 Sobre el particular ésta Corporación en Sentencia T-231 de 1999, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, dijo lo siguiente:

“ 3. De manera reiterada, ésta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud es un derecho que se hace acreedor de la protección constitucional⁷ en los eventos en que por concedida, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas, circunstancia que amerita necesariamente una resolución oportuna por vía de la acción de tutela y en consecuencia, la protección efectiva de los derechos invocados. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección constitucional, en situaciones en que la salud adquiera el carácter, por conexidad, de derecho fundamental.”

8 Ver, entre otras, las Sentencias T- 978, 1037, T- 1266, T-1237, T-1277, T-1310 de 2001.

9 Sentencia T-252 de 2002, M.P Álvaro Tafur Gálvis.

10 Cf. Sentencia T-1325 de 2001. Esta posición se ha sentado especialmente en torno al problema de si un medicamento o procedimiento contemplado en el POS es idóneo para sustituir a uno no contemplado en el mismo.

11 T-749 de 2001. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

12 Ver sentencia T-378/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero

13 Esta posición jurisprudencial ha sido adoptada, entre otras, en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997, T-665 de 1997, T-378 de 2000, T-749 de 2001, T-262 de 2002 y T-1125 de 2002.

14 Sentencia T-179 de 2000, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 M.P. Rodrigo Escobar Gil

16 Sentencia T-298 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

17 Cf. Sentencia C-597 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

18 La Corte ha dicho que en algunos casos ese permiso es ilegítimo. Por ejemplo, ha sostenido que superados los cinco años de edad, no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales en caso de ambigüedad sexual. Cf. Sentencias T-551 de 1999 , T-692 de 1999, SU-337 de 1999 y T-1390 de 2000

19 En la sentencia T-248 de 2003 (M.P Eduardo Montealegre Lynett) la Corte estableció que si la intervención quirúrgica tenía el alcance de afectar severamente un derecho constitucional de un menor o de una persona con problemas mentales, en garantía de la autonomía individual se requería autorización judicial para proceder a ella. En ese caso se estudiaba la solicitud de la madre de una menor de edad afectada de retardo mental, a efectos de proceder a la práctica de una tubectomía (ligadura de trompas).

20 Cf. Sentencias T-551 de 1999 , T-692 de 1999, SU-337 de 1999 y T-1390 de 2000

21 Sentencias T-551 de 1999 y 629 de 1999.

22 T-850 de 2002. M.P Rodrigo Escobar Gil