

T-423-15

Sentencia T-423/15

Referencia: Expediente T-4.209.019

Demandantes:

Martha Cecilia Alfaro Guzmán en representación de su menor hijo Cristian Alexander Portela Alfaro

Demandado:

Convida EPS

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 30 de octubre de 2013 por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, en única instancia, en el trámite de acción de tutela promovida por Martha Cecilia Alfaro Guzmán, en representación de su hijo Cristian Alexander Portela Alfaro contra Convida EPS.

El citado proceso de tutela fue seleccionado para Revisión por la Sala de Selección N° 1, mediante auto del 30 de enero de 2014, correspondiendo su estudio y decisión a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su hijo Cristian Alexander Portela Alfaro, quien padece de “arritmia sinusal” y “prepucio redundante, fimosis y paraquimosis”, los cuales considera vulnerados por Convida EPS, al no autorizarle el procedimiento quirúrgico “circuncisión” prescrito por el médico tratante adscrito a la red prestadora de servicios y, el examen “ecocardiograma” ordenado por un médico particular.

2. Reseña Fáctica

- Cristian Alexander Portela Alfaro, nació el 15 de febrero de 2003, actualmente, cuenta con 12 años de edad. Se encuentra vinculado al régimen subsidiado en salud, nivel 1, a través de Convida EPS.
- Según diagnóstico emitido el 22 de enero de 2013 por el Hospital Universitario de la Samaritana - Girardot, el niño padece de “arritmia sinusal” y “prepucio redundante, fimosis y paraquimosis”, por lo que para sanar este último padecimiento, le fue ordenada una valoración por cirugía general para adelantarle el procedimiento de “circuncisión”.
- Posteriormente, la señora Martha Cecilia, madre del menor, decidió llevarlo al Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, entidad no adscrita a la red de servicios de Convida EPS, para que fuera valorado, nuevamente, por la enfermedad cardíaca “arritmia sinusal”. Luego de ser examinado, el médico de ese centro le ordenó la realización del examen “ecocardiograma”.
- En consecuencia, se dirigió a la EPS Convida para que le autorizaran la cirugía de “circuncisión” y el examen prescrito, sin embargo, la entidad negó las dos solicitudes por no encontrar ninguna de esas órdenes en el sistema.
- Afirmó, que el valor de tales procedimientos es muy alto y, por tanto, no los puede asumir, pues es madre cabeza de familia y requiere de lo poco que devenga para el sostenimiento familiar y personal.

3. Pretensión

La señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán solicita que le sean amparados a su hijo los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se le ordene a Convida EPS autorizar y realizar el procedimiento quirúrgico de “circuncisión” prescrito por el médico tratante adscrito a la entidad y, el examen “ecocardiograma” ordenado por un médico particular.

4. Oposición a la acción de tutela

El Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, mediante auto del diecisiete (17) de octubre de 2013, admitió la acción y decidió vincular al trámite al Ministerio de Salud, al Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, al Hospital Universitario de la Samaritana – Unidad Funcional de Girardot, al Nuevo Hospital de San Rafael Girardot y a Servimed[1] por considerar que pueden ver afectados sus intereses en virtud del proceso.

Posteriormente, el veintiocho (28) de octubre vinculó a la Secretaría de Salud departamental de Cundinamarca y le corrió traslado por tres (3) horas para que se pronunciara sobre la situación fáctica expuesta dentro de la acción de tutela.

4.1. Convida EPS

En el escrito de contestación, la entidad manifestó que el menor Cristian Alexander Portela Alfaro pertenece al régimen subsidiado y se encuentra activo. Fue diagnosticado por el médico tratante con “fimosis y arritmia cardíaca”.

Señaló, que en la base de datos de la entidad existe autorización para el servicio de urología en la IPS Hospital Universitario de la Samaritana sede Girardot, de forma que solo se requiere que la madre del niño programe con la IPS la fecha en que se realizará la “circuncisión”.

Manifiesta que, en relación con la solicitud del ecocardiograma, no hay reporte de que la señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán haya solicitado el servicio y que es necesario que adjunte a la solicitud la orden médica en razón a que existen diferentes clases de exámenes eco cardíográficos.

Por lo expuesto, solicita al juez declarar la carencia actual de objeto por haberse configurado un hecho superado, toda vez que el procedimiento quirúrgico ya le fue

autorizado al niño Cristian Alexander Portela Alfaro.

4.2. Ministerio de Salud y Protección Social

El director jurídico de la entidad respondió a la acción citando la normatividad aplicable al régimen subsidiado en salud y a las entidades prestadoras de salud como responsables de la atención médica de los afiliados, sin pronunciarse sobre la situación fáctica que dio origen a la presente acción.

4.3. Hospital Universitario la Samaritana

El veinticuatro de octubre de 2014, el jefe de la oficina de asesoría jurídica de dicha entidad, manifestó que:

El paciente Cristian Alexander Portela Alfaro ha sido atendido en la E.S.E. Hospital Universitario de la Samaritana, Unidad Funcional de Girardot en donde fue diagnosticado, por los médicos de la entidad, con “arritmia cardíaca”, sin embargo, no hay ninguna orden de servicios pendiente relacionada con esa patología.

Sostuvo que el hospital es una entidad que únicamente se encarga de la ejecución de los procedimientos médicos, por tanto, no es el ente competente para expedir órdenes ni autorizar intervenciones.

Así pues, solicita ser excluido de responsabilidad, toda vez que no tienen competencia para resolver lo pedido por la accionante.

4.4. Secretaría de Salud departamental de Cundinamarca

La entidad sostiene que el menor Cristian Alexander Portela Alfaro se encuentra afiliado al régimen subsidiado en el nivel I, a través de Convida EPS, en el municipio de Girardot.

El paciente ha sido diagnosticado con “arritmia cardíaca y remanente prepuccial” y ha sido atendido por su EPS de conformidad con lo que establece el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado”.

De otra parte, sostiene que no hace parte del objeto social de la secretaría, garantizar los

servicios de salud incluidos en el POS, pues esa obligación recae en la entidad prestadora de salud, en este caso Convida EPS, toda vez que los procedimientos de “circuncisión” y el examen de “ecocardiogramal”, están incluidos en el POS.

En consecuencia, solicita ser desvinculada de la acción, pues no ha vulnerado los derechos fundamentales del paciente Cristian Alexander Portela Alfaro, al no ser la entidad competente para resolver las solicitudes de la accionante.

5. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de la tarjeta de identidad y del carné de afiliación a Convida EPS del menor Cristian Alexander Portela Alfaro (folio 1).
- Copia de la cédula de ciudadanía de Martha Cecilia Alfaro Guzmán (folio 2).
- Copia de la orden expedida por el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, en el que se ordena “ecocardiograma”. Cabe anotar que en esta copia no se evidencia fecha de expedición, ni nombre completo del paciente, ya que solo se lee “Portela” (folio 3).
- Copia del diagnóstico emitido por el Hospital Universitario de la Samaritana- Unidad Funcional Girardot del veintidós (22) de enero de 2013 en el que se informa que el menor padece de “arritmia sinusal” (folio 4).
- Copia de inasistencia a consulta médica del veinticinco(25) de enero de 2013 (folios 5 y 6)
- Copia de referencia emitida por el Hospital Universitario de la Samaritana - Unidad Funcional Girardot del 15 de enero de 2013, en el que indica el diagnóstico del menor y como procedimiento posterior “electrocardiograma” (folio 7).
- Copia de la autorización de servicio de consulta especializada del 31 de enero de 2013 (folio 8).
- Copia de la solicitud de autorización de servicios de salud del 16 de enero de 2013, en el que se ordena consulta de seguimiento por medicina especializada (folio 9).
- Copia del informe de electrocardiograma del Hospital Universitario de la Samaritana-

Unidad Funcional Girardot del 17 de enero de 2013 (folio23).

- Copia de la solicitud de autorización de servicios de salud del 25 de enero de 2013, en el que se ordena consulta de control o seguimiento por medicina especializada (folio24).
- Copia de referencia emitida por el Hospital Universitario de la Samaritana- Unidad Funcional Girardot del 15 de enero de 2013, en el que se indica que el menor tiene diagnóstico de “remanente prepucio parafimosis” y como procedimiento para ello cirugía general (folio 25).

II. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 30 de octubre de 2013, decidió negar las pretensiones de la accionante al considerar que, si bien del expediente se desprende una orden médica de “ecocardiograma”, no existe prueba de que tal orden se hubiere presentado a Convida EPS para su autorización. Similar situación se presenta con la prescripción de la cirugía denominada “circuncisión”, sin embargo, se evidenció que la EPS generó la autorización para adelantar el procedimiento y que solo está pendiente su programación, por lo tanto, tal solicitud, ha sido superada.

III. MEDIDAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

Como quiera que el 20 de mayo de 2014, el Magistrado Sustanciador evidenció en la base de datos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- que el niño Cristian Alexander Portela Alfaro se encontraba desvinculado del régimen subsidiado en salud y, en consecuencia, podía agravarse su situación de vulnerabilidad, consideró necesario:(i)ordenar una medida de protección provisional a favor del menor con el fin de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable,(ii) disponer sobre la práctica de algunas pruebas, por considerar que no contaba con los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión de fondo acorde con la situación fáctica planteada y(iii)suspender los términos del proceso, para ello, mediante auto calendado veintisiete (27) de mayo de 2014, resolvió:

“PRIMERO.- Como medida provisional para proteger los derechos fundamentales a la salud

y a la vida digna del menor, ORDÉNESE a la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca, que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del presente Auto, afilie al régimen subsidiado en salud a Cristian Alexander Portela Alfaro, a través de la EPS Convida tal como se encontraba al momento de la presentación de la presente acción, de manera que, la madre del menor pueda programar inmediatamente con la EPS el procedimiento quirúrgico “circuncisión” que tiene autorizado Cristian Alexander.

SEGUNDO.-OFÍCIESE a la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto, explique los motivos por los cuales el menor Cristian Alexander Portela Alfaro fue desvinculado del régimen subsidiado en salud.

TERCERO.-OFÍCIESE a la señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán, madre del menor, para que en el término de (3) días contados a partir de la notificación del presente auto, informe a esta Sala: (i) si la orden dada por el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot fue llevada a la EPS para lograr su autorización, (ii) en caso afirmativo indique cuál fue la respuesta de la entidad, (iii) allegue a esta Sala copia de la orden de “ecocardiograma” expedida por el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot.

CUARTO.-OFÍCIESE a la EPS Convida para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación del presente auto, informe a esta Sala (i) cual ha sido el tratamiento que se le ha brindado al menor Cristian Alexander Portela Alfaro, para atender el diagnóstico de “Arritmia Sinusal”, (ii) si el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot es una entidad adscrita a su red de servicios.

QUINTO.- OFÍCIESE al Hospital Universitario de la Samaritana-Unidad Funcional Girardot para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se sirva allegar a esta Sala la historia clínica del menor Cristian Alexander Portela Alfaro, incluyendo las órdenes sobre medicamentos, procedimientos u otras que le hayan sido prescritas.

SEXTO.- SUSPENDER los términos del presente proceso, de manera que sólo vuelvan a correr, conforme al cómputo que corresponda a la fecha de este Auto, una vez la Sala reciba y evalúe las pruebas solicitadas.”

La Secretaría de Salud de Cundinamarca allegó respuesta a la Secretaría General de esta

Corporación, el 30 de mayo 2014, en la que señaló:

“El niño Cristian Alexander Portela Alfaro se encuentra como retirado del régimen subsidiado, recibía atención en la EPS-S Convida en el municipio de Girardot y está diagnosticado con ‘arritmia cardíaca’ y ‘remanente de piel prepucial’.

El menor Cristian Alexander Portela Alfaro registra en DNP con puntaje 20.29, por lo tanto, cuenta con derecho a que la Alcaldía Municipal de Girardot, a través de la Secretaría de Salud municipal -Sisben municipal, asigne de manera inmediata el cupo en una EPS-S, por medio de la cual pueda acceder a los servicios de salud.

Por lo tanto, en cumplimiento de la medida provisional y teniendo en cuenta que la competencia de la afiliación corresponde a las alcaldías, a través de las Secretarías de Salud municipales, se procede a oficiar mediante correo electrónico a la Secretaría de Salud municipal de Girardot, con el fin de que sirva afiliar de manera inmediata al menor Cristian Alexander Portela Alfaro, a través de Convida EPS, tal como se encontraba al momento de la presentación de la acción de tutela. Asimismo, se le solicita informar a esta secretaría la razón por la cual el menor fue desvinculado del régimen subsidiado en salud.”

Por su parte, Convida EPS allegó el escrito de contestación el 6 de junio de 2014, en el que expuso lo siguiente:

“En observancia de lo ordenado y con el fin de garantizar el cumplimiento de la medida provisional, se exponen las prescripciones médicas radicadas por la madre del usuario Cristian Alexander Portela Alfaro:

- 31 de enero de 2013: Consulta de primera vez por cirugía pediátrica en el Hospital Universitario Samaritana-Unidad Funcional Girardot.
- 22 de octubre de 2013: “circuncisión” procedimiento de urología en el Hospital Samaritana-Unidad Funcional Girardot.
- 22 octubre de 2013: consulta de primera vez por medicina especializada-urología en el Hospital Universitario Samaritana-Unidad Funcional Girardot.

Esta EPS puede asegurar que al paciente se le brindaron todos los servicios que requirió

durante el tiempo que estuvo activo, pues el fin de esta entidad no es otro que garantizar los servicios prescritos por los médicos tratantes, bien sea que integren o no el POS.

Por lo expuesto, se considera que Convida EPS-s no ha vulnerado los derechos fundamentales concernidos, por cuanto no han sido negados los servicios ordenados por el médico tratante.”

El 6 de junio de 2014, el Hospital Universitario de la Samaritana envió 15 folios contentivos de la historia clínica y odontológica del paciente Cristian Alexander Portela Alfaro, en ella, se evidencia un informe de atención médica del 15 de enero de 2013, en el que se expone:

“IDx: Cardiopatía a estudio

Dolor torácico a estudio

Remanente del prepucio

Plan: Electrocardiograma de 12 derivaciones

Valoración por cirugía pediátrica “

Luego, en un control médico realizado el 22 de enero de 2013, el médico tratante sostuvo:

“Traen electrocardiograma tomado el 17 de enero de 2013 con Idx[2] de ‘arritmia sinusal respiratoria’

IDx: Arritmia sinusal

Plan: Valoración por cirugía pediátrica

Nota: Se entrega electrocardiograma y se dan recomendaciones de vida saludable sin esfuerzos físicos y signos de alarma para urgencia”.

En atención a la respuesta de la Secretaría de Salud departamental de Cundinamarca, esta Corporación emitió un nuevo auto calendado el 24 de julio de 2014, en el que dispuso:

“PRIMERO.- ORDENAR que por conducto de la Secretaría General, se ponga en conocimiento

de la Secretaría de Salud Municipal de Girardot, el contenido de la demanda de tutela que obra en el expediente T-4.209.019, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela.

SEGUNDO.- Como medida provisional para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor Cristian Alexander Portela Alfaro, ORDÉNESE a la Secretaría de Salud Municipal de Girardot, que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación del presente Auto, afilie al régimen subsidiado en salud a Cristian Alexander Portela Alfaro, a través de la EPS Convida tal como se encontraba al momento de la presentación de la presente acción, de manera que, la madre del menor pueda programar inmediatamente con la EPS el procedimiento quirúrgico “circuncisión” que tiene autorizado Cristian Alexander.

TERCERO.-OFÍCIESE a la Secretaría de Salud Municipal de Girardot, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto, explique los motivos por los cuales el menor Cristian Alexander Portela Alfaro fue desvinculado del régimen subsidiado en salud.”

Así pues, el 5 de agosto de 2013, la Secretaría General de esta Corte recibió la contestación de la Secretaría de Salud del municipio de Girardot, en la que sostuvo:

“El niño Cristian Alexander Portela Alfaro está afiliado al régimen subsidiado en salud a través de Convida EPS-S. Actualmente se encuentra activo en la base de datos de la EPS-s con aval del municipio desde el 5 de julio de 2014.

No obstante la función de vigilancia y control del municipio, esta secretaría no había tenido conocimiento de la situación de retiro del servicio del niño Cristian Alexander Portela Alfaro, sin embargo, ya se encuentra en calidad de activo a través de Convida EPS-S, entidad que debe garantizar el derecho fundamental a la salud.”

IV.CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del expediente T-4.209.019 por el Juzgado Dieciocho Civil

Municipal de Bogotá, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, en el presente caso, si Convida EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del niño Cristian Alexander Portela Alfaro, al negar la autorización del procedimiento “circuncisión” ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad y el examen “ecocardiograma” prescrito por un médico tratante particular.

Para resolver el caso concreto la Sala realizará un repaso jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela frente (i) al derecho a la salud tratándose de menores de edad y (ii) el suministro de medicamentos incluidos en el POS.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

3.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En armonía con lo dispuesto por la norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991[3], establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

En desarrollo del citado artículo, esta Corte ha señalado las posibilidades de su promoción, así: (i) del ejercicio directo, es decir quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) por medio de agente oficioso.”[4]

En esta oportunidad, la señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán actúa en representación de su hijo, el menor de edad, Cristian Alexander Portela Alfaro, así pues, según lo observado en el expediente, cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para su validez, por lo tanto está legitimada para defender los derechos fundamentales de su representado.

3.2. Legitimación pasiva

La EPS Convida tiene como labor la promoción del servicio público de salud, por tanto, de conformidad con el artículo 5º y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[5], está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

4. Derecho fundamental a la salud tratándose de niños, niñas o adolescentes. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela. Al efecto, esta Corporación señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de

quien demanda el servicio de salud.”[6].

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud[7] claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho así:

“[E]l derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

Por consiguiente, dicho mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento al derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana de la persona, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.[8]

Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que “(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios[9]”. [10]

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia que tiene el derecho a la salud en tratándose de sujetos de especial protección, estos son, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas pertenecientes a la tercera edad y las personas en situación de discapacidad física o mental.

En desarrollo del artículo 44 superior y en relación con el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, esta Corporación ha reiterado:

“que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.[11]

Es por ello que, siendo los niños, niñas y adolescentes sujetos de especial protección constitucional, esta Corte ha afirmado, que el derecho fundamental a la salud “es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria”.[12]

De igual forma, se ha instado a las entidades del Estado a establecer políticas que permitan, de manera expedita y preferente, la atención en salud de los menores. En este sentido, en la sentencia T-973 de 2006, se manifestó:

“En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

Por otra parte, el alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado colombiano. Dentro de éstos importa señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, cuyo artículo 11 prescribe que la niñez tiene ‘derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud’ y la Observación General No. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas[13], donde fueron definidos los elementos que comprenden el derecho a la salud, a saber: -disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad-”[14]. (Subrayas fuera del texto original).

Al respecto, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece el derecho a la salud de esta población de la siguiente manera “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad.

Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”.

En este orden de ideas, debe entenderse que la atención en salud para los niños, niñas y adolescentes, debe estar garantizada por el Estado, debe ser prioritaria, y comprende una atención integral en virtud al estado de debilidad que presentan, teniendo en cuenta que este derecho fundamental es la base de un buen desarrollo físico e intelectual.

5. Servicios prescritos por un profesional no adscrito a la red prestadora de servicios de las EPS. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido que las personas afiliadas a una entidad promotora de salud que requieran, de alguna forma, asistencia médica, deben acudir a la red de prestación de servicio de la EPS a la que se encuentren inscritos, salvo que exista una justificación razonable para no hacerlo.

De la misma manera, esta Corporación ha indicado que, en principio, el concepto del médico tratante adscrito a la red prestadora de servicio de la EPS, es el criterio relevante llamado a tener en cuenta para garantizar determinada atención en salud, entonces, en primera medida, es él quien puede prescribir un servicio de salud[15].

No obstante, esta Corporación ha señalado que, excepcionalmente, podrá reconocerse la prescripción de un medicamento o tratamiento aun cuando el médico que lo ordene no se encuentre vinculado a la entidad. Al efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el hecho de que se presente una prescripción suscrita por un profesional no adscrito a la correspondiente EPS no implica, por sí sola, que deba ser descartada o rechazada pues, a la luz del caso concreto, podría resultar vinculante para la entidad.

Respecto del concepto de un médico no adscrito a la red prestadora de servicios, la sentencia T-760 de 2008,[16] sostuvo:

“No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión”.

Así mismo, esta Corte sostuvo que una interpretación formalista respecto del criterio de un médico tratante no adscrito a la entidad puede convertirse en una barrera para el acceso al servicio de salud, por eso, “cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo[17]”.

El dictamen de un médico no adscrito a la entidad, reviste mayor importancia, y resulta vinculante, cuando es requerido para determinar el origen de una patología para que, de esta manera se pueda brindar el tratamiento adecuado, más aun, cuando los tratamientos o procedimientos que la EPS a la que el paciente está afiliado, no ha mostrado eficacia en la superación de una afectación en salud[18].

En tales casos, el concepto del médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto[19]. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada entidad.

6. Caso concreto

La señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán instauró acción de tutela con el fin de que le fueran protegidos, a su hijo menor de edad Cristian Alexander Portela Alfaro, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, los cuales considera han sido vulnerados por Convida EPS al no autorizar la intervención quirúrgica “circuncisión”, prescrita por el médico tratante adscrito a dicha entidad y el examen “ecocardiograma” solicitado por un

profesional no vinculado a esa EPS.

El niño Cristian Alexander Portela Alfaro tiene a la fecha, 12 años de edad y está afiliado al régimen subsidiado a través de Convida EPS. El 22 de enero de 2013, el médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud, le diagnosticó “prepucio redundante, fimosis y para fimosis” por lo que se le ordenó la intervención quirúrgica “circuncisión”, de igual forma le diagnosticaron “arritmia sinusal”.

Con motivo de la enfermedad cardíaca “arritmia sinusal”, diagnosticada al menor, la señora Martha Cecilia decidió llevarlo al Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot para que fuera valorado nuevamente, en aquella oportunidad, el médico del centro le prescribió la práctica de un examen denominado “ecocardiograma”. [20] En consecuencia, con la orden de la “circuncisión” y del “ecocardiograma”, la madre del niño se dirigió a Convida EPS para que le fueran autorizados los servicios mencionados, no obstante, le informaron que en el sistema de la entidad no se encontraba reporte de esas órdenes, por lo que era imposible acceder a lo solicitado.

Así las cosas, la señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán acudió al mecanismo de amparo con el fin de que le sean protegidos, a su hijo, los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y, en consecuencia, se le ordene a Convida EPS autorizar y realizar el procedimiento quirúrgico de “circuncisión” prescrito por el médico tratante adscrito a la entidad y el examen “ecocardiograma”, ordenado por un médico del Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, el cual no se encuentra dentro de la red prestadora de servicios de la EPS accionada.

El 7 de octubre de 2013, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá admitió la acción, corrió traslado a la entidad accionada y vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social -Fosyga, al Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, al Hospital de San Rafael Girardot y a Servimed [21], para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones propuestos por la accionante.

La entidad accionada, respondió a los hechos de la tutela aduciendo que el menor estaba afiliado a esa red de servicios y que, la autorización para la “circuncisión” se había generado y solo restaba la programación de la intervención.

Por su parte, el ministerio expuso la normatividad relativa al régimen subsidiado de salud sin referirse a las circunstancias particulares del caso concreto. Por último, el Hospital Universitario de la Samaritana de Girardot, expuso que Cristian Alexander fue atendido en esa E.S.E. donde se le diagnosticó “arritmia cardiaca” pero que, a pesar de que al niño se le practicaron todos los procedimientos que había requerido, no era competencia de esa institución autorizar servicios médicos adicionales. Vencido el término procesal, la entidad Servimed y el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, no se pronunciaron respecto de la situación fáctica planteada por la accionante.

El 29 de octubre de 2013, el Juez de tutela decidió vincular a la Secretaría de Salud de Cundinamarca y le corrió traslado durante tres horas para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones propuestos por la actora. Así, la directora de aseguramiento en salud de esa secretaría sostuvo que, como quiera que el niño Cristian Alexander se encontraba vinculado al régimen subsidiado en salud a través de Convida EPS, los servicios médicos que llegare a necesitar debían ser cubiertos por esa entidad, pues tanto la “circuncisión” como el “electrocardiograma”, ordenados por los médicos tratantes del menor, estaban incluidos en el plan obligatorio de salud.

El 30 de octubre de 2013, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, negó la solicitud de amparo, al considerar que no existía prueba de que la accionante hubiera presentado la orden del “ecocardiograma”, solicitado por un médico del Laboratorio Vascular y Ecográfico, a la entidad accionada pues, de la respuesta de esa EPS, se evidencia el interés por conocer cuál de los diferentes exámenes requiere el paciente, toda vez que no tiene claridad sobre ese aspecto. Igualmente sostuvo que, respecto de la solicitud de la intervención quirúrgica, ya no existía controversia, pues en el trámite de la acción, Convida EPS autorizó el procedimiento y solo había que programar fecha de realización.

En sede de revisión se evidenció, en la base de datos del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, que el niño Cristian Alexander Portela Alfaro se encontraba desvinculado del régimen subsidiado en salud y que por tal motivo su estado de salud podía agravarse, por lo que se resolvió dictar un auto el 27 de mayo de 2014, que tenía como fin: (i)ordenar una medida de protección provisional a favor del menor de edad para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable,(ii)solicitar pruebas a la señora Martha Cecilia Alfaro Guzmán, a la EPS Convida y al Hospital Universitario la Samaritana, y (iii)suspender los términos del

proceso.

En efecto, el 30 de mayo de 2014, la Secretaría de Salud de Cundinamarca remitió a esta Corporación un escrito en el que informó que Cristian Alexander se encontraba desvinculado del régimen de salud, a pesar de tener un puntaje de 20,29, no obstante, como la competencia de afiliación al sistema de salud es de los municipios, dio traslado de la medida provisional a la Secretaría de Salud de Girardot.

Posteriormente, esta Sala de Revisión, mediante auto del 24 de julio de 2014, ordenó a la Secretaría de Salud de Girardot, como medida provisional, la afiliación del niño Cristian Alexander al régimen subsidiado en aras de evitar un perjuicio irremediable. Así, el 5 de agosto de 2014, la mencionada entidad, informó que el menor de edad ya se encontraba afiliado al sistema de salud a través de Convida EPS, y que esa era la entidad encargada de brindarle los servicios médicos que requiriera.

Por su parte, la EPS Convida allegó un informe con las citas que le habían sido autorizadas al niño, como también, la autorización del procedimiento quirúrgico sobre el que versaba una de las peticiones de la accionante. Y, el hospital Universitario de la Samaritana envió la historia clínica y odontológica de Cristian Alexander.

Ahora bien, como se señaló en precedencia, los derechos constitucionales revisten un mayor grado de importancia cuando el titular es un sujeto de especial protección, tal es el caso de los niños, niñas y adolescentes. En esta ocasión, el asunto versa sobre un menor de edad a quien la entidad accionada le niega la práctica de una intervención quirúrgica y un examen, procedimientos determinantes para garantizar su salud y su vida en condiciones dignas, razón por la cual la tutela es el medio idóneo para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Esta Sala observa, que una de las pretensiones de la accionante estaba dirigida a que se ordenara a la EPS la autorización de la intervención quirúrgica relacionada con la patología “fimosiis y parafimosiis”, no obstante, Convida EPS en la contestación de la acción de tutela, informó que ya se había proferido autorización para que al menor se le practicara la cirugía de “circuncisión” y que solo restaba programar su fecha.

Ahora bien, no sucede lo mismo con la prescripción médica expedida por el Laboratorio

Vascular y Ecográfico que ordena a Cristian Alexander, el examen de “ecocardiograma”, pues esta Sala observa dos circunstancias particulares, a saber: (i) la entidad que la expidió no pertenece a la red prestadora de servicio de Convida EPS y, además, (ii) no existe evidencia de que la señora Martha Cecilia Portela Guzmán hubiera solicitado ante Convida EPS la autorización de dicho servicio.

Sobre la primera circunstancia debe resaltar esta Sala, que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que una orden médica no puede ser descartada por el solo hecho de haber sido expedida por un profesional ajeno a la red prestadora de servicio de la EPS, pues tuvo que haber existido un motivo para que el paciente haya decidido acudir a otro médico.

En este sentido, evidencia la Sala que, en principio, antes de la solicitud de pruebas decretada junto con la medida provisional, no se tenía certeza de que la enfermedad “arritmia sinusal” hubiera sido tratada, sin embargo, se logró constatar de la historia clínica del menor, allegada por el Hospital Universitario de la Samaritana, que el 22 de enero de 2013 se le practicó un “ecocardiograma de 12 derivaciones”[22], situación que da a entender a esta Sala que dicha patología ha sido atendida y, por tanto, no hay motivo que explique la necesidad de acudir a un médico particular, diferente al tratante adscrito a Convida EPS.

En relación con lo anterior, no es posible asumir que la Señora Martha Cecilia, madre del niño Cristian Alexander, efectivamente, haya solicitado formalmente la autorización del examen “ecocardiograma” ordenado por el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, puesto que, además de que ello no pudo probarse, Convida EPS no tenía conocimiento de esa orden, esto en la medida en que desde el traslado de la acción que realizó el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, omitió pronunciarse respecto de tal prescripción y, posteriormente, en sede de Revisión, sostuvo que era necesario que se presentara la orden médica con el fin de determinar cuál era el ecocardiograma que debía adelantársele al niño, toda vez que existen diferentes clases de este procedimiento.

En consecuencia, en la medida en que no puede el juez constitucional determinar cuál es la verdadera necesidad del examen que solicita la madre del menor y, como quiera que el procedimiento quirúrgico fue autorizado durante el trámite de la acción de tutela, la Sala

Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, confirmará el fallo proferido el 30 de octubre de 2013, por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, no obstante, advertirá a Convida EPS que en lo sucesivo le preste al menor de edad, Cristian Alexander Portela Alfaro todos los servicios de salud que requiera, incluido el “ecocardiograma” si así lo considera el médico tratante, sin oponerle ningún obstáculo o trámite adicional con el fin de dignificar su vida al máximo nivel posible.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso, en el auto del 27 de mayo de 2014.

SEGUNDO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido el 30 de octubre de 2013, por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá.

TERCERO.- ADVERTIR a Convida EPS para que, en lo sucesivo, le preste a Cristian Alexander Portela Alfaro todos los servicios de salud que requiera, incluido el “ecocardiograma” si así lo considera el médico tratante, sin oponerle ningún obstáculo o trámite adicional con el fin de dignificar su vida al máximo nivel posible.

CUARTO.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Martha Victoria Sáchica MENDEZ

Secretaria General

[1] Servimed es una IPS a la que la señora Martha Cecilia culpa de no tener en sistema las ordenes de la cirugía y el examen en el folio 12 y 33, no obstante, en sede de revisión, se logró constatar que esta institución no está vinculada de ninguna manera al presente caso, y que la mención, responde a un error en la elaboración del escrito de tutela.

[2] Impresión diagnóstica.

[3] Decreto 2591 de 1991: “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[4] Corte Constitucional Sentencia T-531 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[6] Corte Constitucional, Sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[7] Ley 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[8] Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T-717 del 7 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[9] Corte Constitucional, Sentencia T-165 del 17 de marzo de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[10] Corte Constitucional, Sentencia T-050 del 2 de febrero de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[11] Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-973 del 24 de noviembre de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[13] “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.”

[14] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[15] Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa indicó que: “el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Ver al respecto, entre otras, T-378 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-471 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 DE 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[17] Corte Constitucional, Sentencia T.760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] En la Sentencia T-835 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[19] En la sentencia T-500 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, por ejemplo la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la E.P.S., que había considerado la patología en cuestión como de “carácter estético” sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

[20] En el cuaderno 1, folio 3, se encuentra la orden emitida por el Laboratorio Vascular y Ecográfico de Girardot, no obstante, esta no resulta clara, pues no tiene el nombre completo del paciente ni la fecha de expedición de la prescripción, tampoco se evidencia con claridad cuál sea la firma y el sello del galeno que la solicitó.

[21] Servimed es una IPS a la que la señora Martha Cecilia culpa de no tener en el sistema las órdenes de la cirugía y el examen, no obstante, en sede de revisión, se logró constatar que esta institución no está vinculada de ninguna manera al presente caso, y que la mención, responde a un error en la elaboración del escrito de tutela.

[22]Cuaderno 1, folio 42.