

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Cirugía de hernia

En aras de proteger los derechos vulnerados, se ordenará a la EPS, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, autorice la práctica de la intervención quirúrgica determinada por el médico tratante para la “Hernía Inguinal Izquierda y Hernía Umbilical”, solicitado por la señora Yoyce Bahamon Perdomo en representación de su menor hijo Steven David García Bahamon y en consecuencia se brinde la atención medica integral que requiera para el tratamiento de la enfermedad que padece, para así evitar la continuidad del perjuicio que se ha venido causando.

Referencia: expediente T-1065042

Acción de tutela instaurada por la señora Yoyce Bahamon Perdomo, en representación del menor Steven David García Bahamon, contra Humana Vivir EPS seccional Santa Marta.

Procedencia: Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Yoyce Bahamon Perdomo, en representación del menor Steven David García Bahamon en contra de la entidad Humana Vivir EPS de Santa Marta, en el asunto que originó la tutela de la referencia.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo la secretaría del Juzgado,

en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Yoyce Bahamon Perdomo, en representación de su menor hijo, presentó acción de tutela el día veintitrés (23) de diciembre de 2004, ante el Juzgado Penal Municipal de Santa Marta (reparto), aduciendo la vulneración de los derechos a la vida y a la salud de su hijo, por los hechos que resumen a continuación:

A. Hechos

La señora Yoyce Bahamon Perdomo expresó que se encuentra afiliada a Humana Vivir EPS desde el año 2002, teniendo como beneficiario a su hijo Steven David García Bahamon menor de 5 años de edad, quien padece la patología denominada “Hernía Inguinal Izquierda y Hernía Umbilical”

Debido a la patología presentada por el menor, el médico especialista de la entidad, después de efectuar la valoración respectiva, ordenó la práctica de la intervención quirúrgica, la cual fue programada para el día 8 de junio y 12 de julio de 2004, pero no fue posible realizarla debido al estado de salud que presentaba al momento el menor, por lo que fue programada nuevamente para el día 28 de julio de 2004.

Posteriormente, el día indicado se dio inicio a la intervención quirúrgica del menor para lo cual se le aplicó la anestesia correspondiente, pero no fue posible continuar con la cirugía ya que el médico que la iba a realizar no se hizo presente, y el menor fue entregado a la señora Yoyce Bahamon Perdomo totalmente anestesiado.

Finalmente, expresó que ha realizado las gestiones pertinentes ante la EPS demandada, pero no ha sido posible la autorización de la intervención quirúrgica del menor, a sabiendas que la requiere con urgencia.

A. Trámite procesal

Una vez admitida la acción, el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta ordenó la notificación a la entidad demandada, a fin de que se pronuncie sobre la veracidad de los hechos que dieron origen a la tutela y explicar así las razones por las cuales ha procedido de esa manera. Igualmente ordenó como medida provisional realizar las gestiones tendientes a la realización de la cirugía programada en varias ocasiones.

C. Respuesta de la entidad demandada al juez de tutela.

Una vez notificada de la acción de tutela instaurada en su contra, Humana Vivir EPS seccional Santa Marta, mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2004, dirigido al Juzgado de conocimiento, se opuso a la procedencia de la acción argumentando que respecto de los servicios médicos solicitados por la actora, la afiliación de la misma se encuentra suspendida por mora en el pago de las cotizaciones correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2004.

En consecuencia, la mora en el pago de sus aportes es el hecho que impide el acceso al usuario al servicio de salud que la EPS brinda a través del Plan Obligatorio de Salud.

II. Sentencia de instancia

Mediante sentencia del cinco (5) de enero de dos mil cinco (2005), el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, negó la tutela instaurada por la señora Yoyce Bahamon Perdomo en representación de su menor hijo, aduciendo como fundamento de su decisión, los argumentos que a continuación se resumen:

El juez constitucional manifiesta que del material probatorio recaudado ha sido posible establecer, que el menor padece de HERNIA INGUINAL IZQUIERDA y UMBILICAL y le ha sido ordenada la cirugía que su estado de salud efectivamente requiere, pues la realización del procedimiento quirúrgico que no se ha autorizado debido a que la EPS demandada no lo ha vuelto a programar, genera así un riesgo para su vida, ya que se trata de un niño de 5 años de edad.

Así mismo expresó, que le asiste razón a la entidad demandada al negar la practica del procedimiento solicitado porque la afiliación de la cotizante se encuentra suspendida por mora en el pago.

Razón por la cual, después de citar apartes de jurisprudencia de esta Corporación, consideró que no se reúnen los requisitos para inaplicar la normatividad legal vigente en la que se basa la entidad demandada para negar la autorización a la prestación requerida.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9º., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La señora Yoyce Bahamon Perdomo, actuando en representación de su menor hijo (5 años) Steven David García Bahamon, considera vulnerados los derechos fundamentales del menor, debido a la negativa de la entidad a realizar la intervención quirúrgica ordenada bajo prescripción médica.

Existe certeza que la intervención quirúrgica ordenada al menor debido a la patología que presenta es realmente necesaria para el mejoramiento de su salud y de su calidad de vida.

Tercera. El derecho a la salud cuando se trata de menores de edad “Es en si mismo un derecho fundamental”.

Los derechos de los menores gozan por mandato expreso de la Constitución Política de prevalencia sobre los derechos de los demás. La familia, la sociedad y el Estado, tienen la obligación de asistirlos y protegerlos a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44 C.P.). En ese sentido, esta Corporación sostuvo “[E]n el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad” Sentencia T-240 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

De igual forma expresó que, el derecho a la salud cuando se trata de menores de edad “es en si mismo un derecho fundamental”, principio que fue reiterado en la sentencia T- 946 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en los siguientes términos:

“En el presente caso basta, no obstante, recordar la tesis sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas ocasiones en el sentido de que cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental.¹

En efecto, como el propio texto constitucional lo señala en su artículo 44, el derecho a la salud de los niños es fundamental.² La Constitución de 1991 quiso dar una protección especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos. Entre ellos en el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños. Al respecto dijo la Sala Cuarta de Revisión:

“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.

Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales (...)”³

Así pues, es claro que para que un juez de tutela conozca de una acción de tutela en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario que exista conexidad⁴ alguna con cualquier otro derecho fundamental, pues como se dijo, en este caso la garantía constitucional adquiere la categoría de fundamental.

Ahora bien, el que el derecho a la salud, en sí mismo considerado, adquiera en el caso de los niños el carácter de fundamental no dice mucho sobre el alcance del derecho, así como tampoco sobre las limitaciones que sobre este puedan justificarse a la luz de la Constitución. Esto sin desmedro de que, en ciertas ocasiones se deriven de la norma sobre el derecho fundamental de los niños a la salud (art. 44 C.P.) derechos subjetivos concretos judicialmente exigibles de manera inmediata, en cabeza del menor titular del derecho. Un asunto es si un derecho ostenta el carácter de fundamental para determinar, entre otras cosas, los mecanismos idóneos para su protección, mientras que otro muy distinto es cuáles son los derechos subjetivos que se desprenden de la norma constitucional. El primer asunto se

refiere a la exigibilidad del derecho y a las vías procesales idóneas para solicitar amparo judicial. El segundo toca con el alcance del derecho así como sobre los límites legítimos a su ejercicio para determinar los derechos subjetivos específicos que se encuentran dentro de su ámbito de protección en cada caso”.

En consecuencia, teniendo en cuenta los apartes de las sentencias mencionadas, en el caso del menor Steven David García Bahamon habrá de reiterarse la jurisprudencia de la Corte y conceder la protección de sus derechos, por cuanto de conformidad con las pruebas anexas al expediente, es posible observar que anterior a la respuesta emitida por la entidad demandada existía el trámite de ordenes del médico tratante que demuestran que sí es necesaria la intervención quirúrgica antes mencionada, porque de lo contrario se estaría poniendo en juego la estabilidad y la vida del menor.

Por consiguiente, y en aras de proteger los derechos vulnerados, se ordenará a la entidad Humana Vivir EPS seccional Santa Marta, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, autorice la práctica de la intervención quirúrgica determinada por el médico tratante para la “Hernía Inguinal Izquierda y Hernía Umbilical”, solicitado por la señora Yoyce Bahamon Perdomo en representación de su menor hijo Steven David García Bahamon y en consecuencia se brinde la atención medica integral que requiera para el tratamiento de la enfermedad que padece, para así evitar la continuidad del perjuicio que se ha venido causando.

Se autorizara a la entidad Humana Vivir EPS para que repita contra el FOSYGA, por los gastos en los que incurra.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVÓCASE el fallo proferido el día 5 de enero de 2005, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, que denegó la acción de tutela instaurada por la señora Yoyce Bahamon Perdomo en representación de su menor hijo Steven David García Bahamon en

contra de entidad Humana Vivir EPS de Santa Marta. En consecuencia, CONCÉDASE la protección de los derechos fundamentales invocados.

Segundo: ORDÉNASE a la entidad Humana Vivir EPS de Santa Marta, a través de su representante o de quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, autorice la practica de la intervención quirúrgica para la “Hernía Inguinal Izquierda y Hernía Umbilical”, solicitada por la señora Yoyce Bahamon Perdomo en representación de su menor hijo Steven David García Bahamon y en consecuencia se preste la atención medica integral que requiera para el tratamiento de la patología que padece, según lo disponga el médico tratante.

La entidad demandada podrá repetir contra el FOSYGA, por los gastos en los que incurra, pago que deberá verificarse en el término de seis meses (6) contados a partir de la respectiva solicitud.

Tercero: Por Secretaria General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Entre otros fallos pueden verse los siguientes: T-075/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-286/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-046/99 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-887/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-414/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-421/01 (M.P. Alvaro Tafur Galvis). En todos ellos la respectiva Sala de Revisión consideró que el derecho a la salud de los niños es fundamental.

2 “Artículo 44 — Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, (...)”

3 Sentencia T-075/96; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4 En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS), debido a que está en juego otra garantía constitucional. Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T-171/99 y T-1166/00), pañales a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o drogas para la depresión (T-409/00).