

Sentencia T-475/10

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Sujetos de especial protección

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que el médico tratante programó cita de control hasta dentro de un año y ordenó practicar examen de resonancia solo hasta que el menor cumpliera 18 años

MEDICO TRATANTE-Prevalece su concepto para determinar si el servicio de salud es requerido con necesidad

El concepto de servicio requerido con necesidad, en principio, es el que defina el médico tratante; la jurisprudencia constitucional ha establecido que su opinión prevalece sobre la de los funcionarios administrativos de la EPS, e incluso sobre la del Comité Técnico Científico porque su profesión médica y el conocimiento específico del paciente, lo inviste de la idoneidad y competencia que se requiere para determinar la necesidad y urgencia del servicio o medicamento.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Criterios para evaluar la oportunidad del plazo en la prestación del servicio de salud

La razonabilidad del plazo para prestar un servicio de salud se determina con base en los siguientes criterios: (i) el grado de urgencia de la situación objeto de estudio, (ii) el tipo de procedimientos ordenados por el médico tratante y su relación con el mejoramiento de la salud del paciente, y (iii) los recursos con que se cuenta para asegurar la realización de los tratamientos que se aplazan; el concepto de plazo razonable se aplica también al derecho al diagnóstico; y la amenaza grave y directa de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien los necesita, se configura cuando se dan los requisitos establecidos por la jurisprudencia.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia en el presente caso por cuanto la opinión del médico tratante debe prevalecer por ser éste el especialista en neurocirugía

Referencia: expediente T-2535667

Acción de tutela instaurada por Martin Leyton Aguilar y Blanca Ligia Sierra Mendieta, en

representación del niño Martin Adrian Leyton Sierra, contra la Secretaría de Salud Departamental de Tolima, y COMFENALCO ARS.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, DC., dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado, el 23 de diciembre de 2009, por el Juzgado Primero de Menores de Ibagué, Tolima, mediante el cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por los padres del niño Martin Adrian Leyton Sierra, contra la Secretaría de Salud Departamental de Tolima, y COMFENALCO ARS.

Hechos

Los ciudadanos Martín Leyton Aguilar y Blanca Ligia Sierra Mendieta, padres del niño de 13 años de edad, Martín Adrian Leyton Sierra, presentaron acción de tutela en su nombre con fundamento en los siguientes hechos:

1. Manifiestan que el niño Martín Adrian Leyton Sierra, tiene un diagnóstico de 1 M431 Espondilolistesis, con cuadro clínico de dolor lumbar bajo.

1. Dicen que hasta el momento ha venido recibiendo asistencia de la ARS COMFENALCO y de la Secretaría de Salud Departamental, a través del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, Tolima.

1. Afirman que el médico Edgar Castaño, neurocirujano, aconsejó la realización de un examen de resonancia magnética, pero sólo hasta después de que el niño cumpliera los 18 años de edad, y le programó cita de control, pero sólo hasta dentro de 360 días.

1. Relatan que el padre del niño ha sufrido la misma enfermedad que su hijo y que, en su caso, el hecho de no haber sido tratado oportunamente, le generó una “tuberculosis de huesos y coyunturas”, de la cual padece secuelas hasta el día de hoy, sin que le sea posible trabajar normalmente.

Pruebas

1. Los padres del menor aportaron las siguientes pruebas:

* Detalle de la historia clínica¹.

* Carnet de afiliación número 144526, al Sistema General de Seguridad Social en Salud EPS-S COMFENALCO TOLIMA².

* Fórmulas médicas mediante las cuales se prescriben elementos médicos de apoyo³.

* Fórmula del 25 de noviembre de 2009, ordenando cita médica por neurología, para dentro de 360 días⁴.

Solicitud de tutela.

1. Mediante acción de tutela instaurada el 23 de diciembre de 2009, los padres del menor solicitaron ordenar a COMFENALCO ARS y a la Secretaría de Salud del Tolima, celebrar los convenios necesarios con los especialistas o médicos competentes, de tal manera que a su

hijo se le sigan los procedimientos requeridos; que se lleven a cabo los tratamientos médicos integrales que la patología del paciente requiera por el tiempo necesario a través de los hospitales, clínicas o Unidades Médicas competentes sin que haya lugar a que ellos tengan que cubrir costos económicos y tomando en consideración los derechos del ente encargado de repetir contra el FOSYGA, en el evento en que los servicios no estén incluidos en el POS.

Sintetizan su pretensión en que su hijo reciba la asistencia integral en salud en forma continua y hacia el futuro, con eficiencia y oportunidad, para garantizar los derechos a la salud y a la vida del niño.

Intervención de los demandados.

Caja de Compensación Familiar de Fenalco del Tolima, Comfenalco.

1. Mediante escrito del 30 de diciembre de 2009, el apoderado de la entidad demandada manifestó que al paciente se le ha garantizado, a través de la red de servicios, la totalidad de los servicios médicos que les compete.

Expresan que las fajas prescritas, así como el examen de resonancia magnética, están excluidos del POS-S, y que este último servicio solo está contemplado para pacientes hospitalizados.

Como fundamento de la anterior afirmación citan la siguiente normatividad: el Acuerdo 306 de 2005; el Manual de actividades, procedimientos e intervenciones del Plan Obligatorio de Salud adoptado mediante resolución 5261 de 1994; el Manual de Medicamentos y Terapéutica, las Normas Técnicas y Guías de Atención adoptadas mediante Acuerdo 117 de 1998; la resolución número 412 del 2000, el Acuerdo 229 de 2002, y las resoluciones 3384 de 2000 y 968 de 2002.

Del análisis de las anteriores normas concluyen que ni el examen requerido, ni las fajas prescritas, están incluidas en el POS-S.

Secretaría de Salud Departamental del Tolima.

1. Mediante escrito del 28 de diciembre de 2009, la Secretaría de Salud Departamental contestó la acción de tutela exponiendo los siguientes fundamentos de inconformidad:

En primer lugar, señaló que el accionante pertenece al régimen subsidiado de Salud.

En segundo lugar, hizo una reseña de la normatividad relevante a la patología del paciente consagrada dentro del POSS, la cual se puede sintetizar así:

* Acuerdo 306 de 2005 en el cual se encuentra el procedimiento “patología de ortopedia”, el cual viene siendo tratado por el ortopedista.

* Artículo 84 de la Resolución 5261 de 1994 en relación con la rehabilitación funcional.

* Artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994, sobre suministro de Prótesis y Ortesis.

* Artículo 56 de la Resolución 5261 de 1994, sobre afecciones vasculares y neurológicas.

En tercer lugar, señaló que de acuerdo a su consideración, las siguientes normas se deben tener en cuenta para determinar la responsabilidad de la EPS-S en relación con las solicitudes de medicamentos: Acuerdo 306 de 2005, Acuerdo 228 de 2002, Sentencia T-344 de 2002, Sentencias C-316 de 2008, C-463 de 2008, y Resolución N° 3797 de 2004 del Ministerio de la Protección Social.

Finalmente solicita que se exonere a la Secretaría de Salud, y se conmine a COMFENALCO EPS-S para que garantice la atención en salud al usuario, pues se trata de un evento de ortopedia y traumatología que se encuentra en el POSS, aplicando el recobro o el reaseguro de que tratan los Acuerdos mencionados.

Decisiones Judiciales que se revisan

1. Mediante Sentencia del 23 de diciembre de 2009, el Juzgado Primero de Menores de Ibagué, Tolima, declaró improcedente la acción de tutela por considerar que “los supuestos de hecho relacionados por [los actores] no entrañan violación alguna al derecho a la salud en

conexidad con la vida del menor Martin Adrian”.

1. El juzgado practicó como prueba, la declaración del médico especialista en neurocirugía, Edgar Castaño, tratante del niño, quien rindió declaración el cinco (5) de enero de 2010, en la cual hizo entre otras, las siguientes manifestaciones:

* Afirmó que el niño Martin Adrian Leyton Sierra padece de dolor en la región de la espalda, de menos de un año de evolución, no relacionado con accidentes; señaló que, el 25 de noviembre de 2009, se le diagnosticó “espondilolistesis, grado I”; hizo una descripción general de las características de esta enfermedad y señaló que para el caso específico del niño Leyton no le fueron indicados procedimientos de corrección quirúrgica debido a su corta edad de 13 años, y a que sólo se ordenan a los 25 años, cuando ha finalizado la maduración y crecimiento óseo, en casos en que las manifestaciones y el dolor lo justifican; agregó que una cirugía precoz mal indicada puede acarrear “la falta de movilidad necesaria para las funciones motrices del menor ya que deja la columna rígida al colocársele platinos y tornillos;” Explicó que el daño obedece a una mala formación de las uniones entre las vértebras lumbares que generalmente es de origen congénito para esta edad del paciente y que posiciones como la estación de pie prolongada o los ejercicios de levantar peso o empujar cargas muy pesadas generan dolor, pero que la enfermedad no causa molestias en las funciones sensoriales o motrices del paciente cuando se siguen las recomendaciones médicas, tales como evitar el sobre peso, usar un corcel de apoyo lumbo pélvico y “asistir a consultas periódicas cada año para observar la evolución de la malformación de columna”.

* Con respecto a la solicitud de llevar a cabo la resonancia nuclear magnética, el médico manifestó que este examen “se ha rechazado con el argumento científico de que este tipo de tecnología no es adecuad[a] para el análisis de la espondilolistesis grado I, porque este examen no permite ver los huesos con claridad, en cambio las radiografías simples con rayos X sí ha sido el examen ideal para observar esta malformación.” Agregó que “otra alternativa es el TAC de columna, pero tiene el inconveniente de la sobredosis de irradiación de rayos X

con el consiguiente peligro para las gónadas del pequeño paciente”. Dijo que al niño se le realizó una radiografía, se le ha indicado bajar de peso corporal porque la obesidad genera más dolor, y se le formuló una faja de apoyo lumbo sacro para usar cada vez que esté de pie mas de 30 minutos para que la vértebra se ajuste y deje de doler. Expresó el médico, que el paciente debía tomar acetaminofén en desarrollo de un tratamiento que respondía a los dictados de la ciencia”.

* En relación con la cita de control dispuesta para dentro de 360 días, el galeno indicó que se va a mantener una rutina de control anual hasta que el paciente complete su fase de maduración ósea, esto es entre los 22 y 25 años, momento a partir del cual se podrá proceder con exámenes diagnósticos de mayor complejidad, pero también de mayor riesgo por la exposición a las radiaciones. Dijo que también a esa edad se podría considerar una propuesta quirúrgica y que en el lapso intermedio, de los 13 a los 22 o 25 años el joven no presenta riesgo vital porque la espondilolistesis puede progresar del estado I a un estado II, III, IV, y hasta V, pero solo en los estados IV y V la enfermedad es siempre quirúrgica. Aclaró que cuando esta enfermedad se presenta en la juventud o adolescencia, se mantiene inmodificable hasta el estado de vejez de la mayoría de los pacientes y que el niño Leyton fue evaluado por un ortopedista con antelación a la consulta que él le hizo.

1. Para tomar la decisión de improcedencia de la acción de tutela, el juez hizo, en primer lugar, las siguientes afirmaciones con base en las sentencias T-178 de 2003 y T-760 de 2008: (i) “un derecho fundamental se vulnera cuando se desconoce su núcleo conceptual y el bien jurídico protegido por el mismo es lesionado; o se pone en peligro, cuando existe amenaza de deterioro a ese derecho”; (ii) “en este último evento la amenaza deber ser cierta y actual”; (iii) “se desconoce el derecho a la salud y a la vida cuando se configuran las dilaciones injustificadas de un tratamiento médico o de los exámenes diagnósticos que los mismos médicos recomiendan”.

Posteriormente señaló que los presupuestos jurisprudenciales anteriormente señalados no se adecúan al caso examinado por las siguientes razones: (i) el niño Adrian Leyton Sierra ha obtenido una respuesta médico institucional cada vez que la ha necesitado. (ii) aunque el

doctor Edgar Castaño le diagnosticó una resonancia magnética para ser efectuada a los 18 años, el juez de tutela carece de elementos de juicio para opinar sobre ese punto, y, en el expediente no aparece prueba alguna que indique la vulneración del derecho a la salud del menor como consecuencia de ello. (iii) el médico señaló en su declaración que, el examen idóneo para diagnosticar el síndrome de Espondilolistesis es el de rayos X y no el de resonancia magnética. (iv) con el TAC, el menor estaría expuesto a radiaciones de rayos X con el consiguiente peligro en razón a su edad. (v) afirmó no recomendar practicarle una cirugía al menor porque no ha alcanzado la maduración de las vértebras.

1. Finalmente concluyó que no aparece probada omisión alguna por parte de los demandados.

1. El fallo de tutela no fue impugnado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes. También por haber sido dispuesta su revisión mediante auto del diecinueve (19) de febrero de dos mil diez (2010), por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos.

Problema jurídico.

1. La Sala debe determinar si la Secretaría de Salud del Tolima, y/o COMFENALCO ARS vulneraron el derecho a la salud del niño Martín Adrian Leyton Sierra, al haberle sido aconsejado por parte del médico tratante, practicar un examen de resonancia magnética,

sólo hasta que cumpla los 18 años de edad, y haberle programado una cita de control, sólo hasta dentro de 360 días.

Como el problema jurídico planteado ya ha sido resuelto por la Corte Constitucional, la presente providencia será brevemente motivada, en virtud de lo establecido en el artículo 35 del Decreto 2591 de 19915.

En tal sentido, la Sala reiterará los requisitos que la jurisprudencia tiene establecidos para determinar cuándo se encuentran amenazados los derechos fundamentales a la vida y a la salud de quien necesita un tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no incluido en el POS. Con base en ellos, la Corte definirá si la cita de control programada para dentro de 360 días y el consejo médico de practicar un examen de resonancia magnética cuando el menor cumpla los 18 años, vulnera los derechos invocados.

1. La Corte Constitucional ha admitido que la acción de tutela es procedente cuando se trata de ordenar el acceso a un servicio de salud que se requiera con necesidad. "(...) esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad.⁶"

En la sentencia T-760 de 2008 la Corte dispuso que "Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él)".

Tal procedencia de la acción de tutela, se encuentra reforzada cuando la persona que requiere el servicio con necesidad, es un niño o niña. En la misma sentencia, al hacer referencia a este caso específico, la Corte dispuso que "el derecho a la salud se viola especialmente, cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño, sujetos de especial protección constitucional.⁷"

1. Ahora bien, el concepto de servicio requerido con necesidad, en principio⁸, es el que defina el médico tratante; la jurisprudencia constitucional ha establecido que su opinión prevalece sobre la de los funcionarios administrativos de la EPS, e incluso sobre la del Comité Técnico Científico porque su profesión médica y el conocimiento específico del paciente, lo inviste de la idoneidad y competencia que se requiere para determinar la necesidad y urgencia del servicio o medicamento⁹.

En la sentencia T- 344 de 2002, la Corte sostuvo lo siguiente respecto al suministro de un medicamento no incluido en el POS, que fue negado por el Comité Técnico Científico a pesar de la insistencia del médico tratante:

“La razón por la cual la jurisprudencia ha indicado que se prefiere la opinión del profesional de salud que haya atendido al paciente sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S. es debido a que aquél es: (1) el especialista en la materia que (2) mejor conoce el caso. Es decir, se considera que es la persona más competente para determinar si el paciente realmente necesita el medicamento en cuestión y la urgencia del mismo. Ahora bien, aunque esto es cierto, en modo alguno ello implica creer que sea imposible que el médico ordene el suministro de una droga que en realidad no se requiere. Esto puede llegar a ocurrir, y en tales circunstancias la E.P.S. tiene la facultad de negar el suministro de los medicamentos que se haya ordenado”.

1. De otra parte, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, lo que se cuestiona es la razonabilidad del plazo en la prestación de un servicio de salud, y no el acceso a los servicios. A este propósito la jurisprudencia de la Corte tiene establecidos unos criterios para evaluar la oportunidad del plazo.

En la sentencia T-889 de 2001 estableció los siguientes tres criterios que se reproducen en su totalidad:

(i) El grado de urgencia de la situación objeto de estudio. Para ello se deberá tener en cuenta: a. la naturaleza de la enfermedad que aqueja al beneficiario, pues no es lo mismo un cuadro catastrófico y permanente que una dolencia menor de aparición esporádica; b. el grado de impacto que tiene la enfermedad en el desempeño de las facultades comunes del

individuo; pueden hacerse distinciones entre el mal que inhabilita y postra a una persona, o aquel que le causa dolor insoportable, de aquél otro que, a pesar de causar molestia, permite el desempeño normal de la actividad física y psíquica; y, c. el estado actual de desarrollo de la patología. Tanto la enfermedad que se encuentra en pleno desarrollo, como aquella que presenta una remisión, y la que se encuentra en una etapa terminal, admiten distinciones en su atención (de acuerdo con lo establecido por los especialistas). En ocasiones, la atención depende del cumplimiento de un calendario estricto.

(ii) El tipo de procedimientos ordenados por los médicos tratantes cuya materialización se somete a un plazo. Aquí se tendrá que apreciar: a. la relación que tienen los procedimientos para la curación o mejoramiento de la calidad de vida del paciente y su real eficacia para combatir el mal (o al menos para hacer soportable y digno su padecimiento). No se pueden equiparar los procedimientos de rutina que se recomiendan a un individuo tradicionalmente sano, con los exámenes específicos para la detección o control de un cuadro patológico grave; y, b. el nivel de atención que se ha dispensado hasta el momento, en la medida en que hay diferencias importantes entre quien, sin haber recibido tratamiento alguno ve que sus posibilidades de mejoramiento se diluyen en el tiempo, y quien está siendo objeto de un tratamiento secuencial que precisa de continuas evaluaciones para tomar las decisiones correspondientes y continuar con el mismo.

(iii) Los recursos con que se cuenta para asegurar la realización de los tratamientos que se aplazan. Para ello deberá tenerse en cuenta: a. que las intervenciones y exámenes requeridos se programen y realicen ordenada y rápidamente y, b. que, en caso de tratarse de enfermedades para las cuales no se cuenta con las herramientas suficientes o que correspondan a otros niveles de atención, se disponga la realización de los contratos y remisiones de rigor a instituciones que estén en capacidad de prestarlos y el suministro al usuario de la información completa, para que conozca exactamente el desarrollo de su caso y cuente con las alternativas necesarias para lograr su recuperación.

1. El concepto de plazo razonable y oportuno también ha sido aplicado al derecho al diagnóstico¹⁰, toda vez que el aplazamiento injustificado de una solución médica vulnera el principio del respeto a la dignidad humana; como dicho concepto constituye un componente

esencial del derecho a la salud, también puede vulnerar este derecho.

“Podría decirse que, de manera general, cuando, pese a que no se ha aportado un dictamen médico que soporte el medicamento o el tratamiento que se le requiera, de los antecedentes, conocidos por la EPS, como es el caso de una patología previamente tratada por la entidad, se desprendan indicios serios en torno a la necesidad de una intervención médica que confirme, rechace o altere el requerimiento presentado, la EPS está obligada a garantizar el derecho al diagnóstico y disponer lo que sea preciso para que la persona sea valorada por profesionales idóneos, adscritos a su red de servicios, y, cuando sea del caso, adelantar la actuación administrativa necesaria para la autorización de los medicamentos o tratamientos no POS, que, en ese contexto, le sean prescritos a la persona”¹¹.

1. Finalmente, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que se amenazan grave y directamente los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien necesita un tratamiento, un medicamento o una prueba de diagnóstico fuera del POS, en los siguientes casos:

“(i) cuando la falta del medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) cuando ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) cuando el interesado no puede directamente costear el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS y (iv) cuando el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento¹².”

1. En suma tenemos que, cuando un niño o niña requiere un servicio médico con necesidad, el amparo de su derecho a la salud es especial por su calidad de sujeto de especial protección constitucional; el concepto del médico tratante prevalece para determinar si el servicio de salud es requerido con necesidad; la razonabilidad del plazo para prestar un

servicio de salud se determina con base en los siguientes criterios: (i) el grado de urgencia de la situación objeto de estudio, (ii) el tipo de procedimientos ordenados por el médico tratante y su relación con el mejoramiento de la salud del paciente, y (iii) los recursos con que se cuenta para asegurar la realización de los tratamientos que se aplazan; el concepto de plazo razonable se aplica también al derecho al diagnóstico; y la amenaza grave y directa de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien los necesita, se configura cuando se dan los requisitos establecidos por la jurisprudencia. (fundamento 7).

Con base en lo anteriormente expuesto y la procedencia de la presente acción de tutela, la Sala entrará a resolver el caso concreto.

El caso concreto.

1. En el caso objeto de revisión, el niño Martin Adrian Leyton Sierra padece “espondilolistesis grado I” con evolución menor a un año¹³. Esta es una enfermedad que puede evolucionar hasta el grado V, y que cuando se presenta en la juventud o adolescencia se mantiene inmodificable hasta el estado de vejez, en la mayoría de los pacientes. El niño Martin Adrian tiene 13 años de edad. Su enfermedad no causa molestias en las funciones sensoriales o motrices cuando se siguen las recomendaciones médicas para calmar el dolor que genera y evitar su empeoramiento con el sobre peso o el levantamiento de cargas muy pesadas.

El niño Leyton Sierra fue evaluado por un médico ortopedista, se le practicó un examen de rayos X, se le prescribió el consumo de acetaminofen para el dolor, se le formuló una faja de apoyo lumbo-sacro y se le recomendó bajar de peso corporal y no realizar actividades de fuerza.

También le fue ordenada una cita de control de su enfermedad para dentro de 360 días y se le aconsejó la realización de un examen de resonancia magnética cuando cumpliera los 18 años. Sobre estos dos puntos radica la controversia con sus padres quienes consideran que tales plazos implican riesgo para la salud y la vida de su hijo porque el padre sufrió la misma enfermedad y contrajo “tuberculosis de huesos y coyunturas” por no haber sido tratado oportunamente.

1. Al respecto, el doctor Edgar Castaño, especialista en neurocirugía y médico tratante del niño, en declaración rendida el cinco (5) de enero de 2010, ante el Juzgado Primero de Menores de Ibagué, Tolima, manifestó cuáles son las razones médico científicas por las cuales la cita de control fue fijada para dentro de un año, y el examen de resonancia magnética no se le debe practicar al menor antes de que alcance la mayoría de edad.

1. Como bien lo dijo el juez de instancia, el juez de tutela “carece de elementos de juicio para opinar sobre este punto”, por lo que la evaluación de la razonabilidad de los anteriores plazos se hará sobre la opinión médica dada por el especialista en neurocirugía, la cual de acuerdo a los criterios jurisprudenciales es la que debe prevalecer.

Teniendo en cuenta que la “espondilolistesis grado I” permanece inmodificable hasta el estado de vejez, en la mayoría de los casos, cuando aparece en la juventud o adolescencia, y al niño Leyton le apareció la enfermedad a los 13 años de edad, la Sala encuentra razonable que la evolución de la misma se controle con citas anuales.

La práctica del examen de resonancia magnética antes de que el sistema óseo alcance la madurez, o sea a los 18 años de edad y de pronto a los 22 o 25, no se considera pertinente por el especialista porque podría tener efectos negativos en la salud del niño por la exposición a los rayos X.

1. Por lo anteriormente expuesto la Sala encuentra que la Secretaría de Salud del Tolima, ó la EPS COMFENALCO no vulneraron el derecho a la salud del niño Martin Adrian Leyton Sierra y por ello confirmará la sentencia proferida, el 23 de diciembre de 2009, por el Juzgado Primero de Menores de Ibagué, Tolima.

Antes de proferir la decisión previamente anunciada, la Sala hará las siguientes observaciones sobre la solicitud planteada por los padres en el escrito de tutela. La solicitud de ordenar a COMFENALCO ARS y a la Secretaría de Salud del Tolima “celebrar los convenios necesarios con los especialistas o médicos competentes, de tal manera que a su hijo se le

sigan los procedimientos requeridos”, no tiene sustento fáctico, porque el niño ha sido atendido por un especialista en ortopedia y por un especialista en neurología. “Los tratamientos médicos integrales que la patología del paciente requiera por el tiempo necesario a través de los hospitales, clínicas o unidades médicas competentes”, se vienen suministrando. La solicitud de los padres de ser eximidos del cubrimiento de costos económicos no está llamada a prosperar por las siguientes razones: en primer lugar, porque no hay relación de causalidad entre los hechos por los cuales señalan que las entidades demandadas vulneraron el derecho a la salud del niño y los costos; en segundo lugar, porque no especifican a qué costos económicos se refieren¹⁴; en tercer lugar, porque ni COMFENALCO ARS ni la Secretaría de Salud del Tolima han excluido al niño Leyton del acceso a los servicios de salud por razones económicas; y en cuarto lugar, porque a partir del acervo probatorio no se puede deducir que los padres del niño carecen de la capacidad económica para sufragarlos, dado que no aportan prueba siquiera sumaria para demostrarlo, ni tampoco así lo manifiestan en el escrito de tutela.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de diciembre de 2009 por el Juzgado Primero de Menores de Ibagué, Tolima, pero por las razones expuestas en esta providencia.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 4, cuaderno 1.

2 Folio 7, cuaderno 1.

3 Folio 5, cuaderno 1.

4 Folio 6, cuaderno 1.

5 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, y T-959 de 2004.

6 Sentencia T-760 de 2008.

7 Esta afirmación fue ilustrada a través de algunos ejemplos: “La protección a los niños es mayor, pues, por ejemplo, se garantiza su acceso a servicios de salud que requiera para asegurar desarrollo armónico e integral. La jurisprudencia constitucional ha tutelado, por ejemplo, la práctica de cirugías plásticas de malformaciones, aun cuando no afecten la integridad funcional de órgano alguno.(...) Se ha protegido a menores de escasos recursos la posibilidad de acceder a medicamentos para atender afecciones corrientes, pero de gran impacto en un niño o una niña, como la conjuntivitis.(...) La fundamentalidad del derecho a la salud de los niños ha llevado a la Corte Constitucional a protegerlos incluso para evitar que contraigan enfermedades. Tal es el caso del acceso a vacunas para prevenir el contagio de enfermedades cuando puedan afectar significativamente su salud y exista el riesgo de contagio.(...) Igualmente, se les ha garantizado aspectos básicos del derecho a la salud, como el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando su desarrollo físico

puede conllevar modificaciones al tratamiento,(...) o el derecho al diagnóstico.(...) Se les protege también de los abusos en los que puedan incurrir las EPS o las IPS, como por ejemplo, impedirle salir de un establecimiento de salud a un menor, hasta tanto alguien no haya firmado un título valor equivalente al costo del servicio, especialmente, si el menor se encuentra en situación de indefensión y vulnerabilidad.(...) También se ha tutelado el derecho fundamental a la salud de un menor a que no se le cobren pagos moderadores cuando estos se constituyen en barreras al acceso de un servicio de salud, tanto si éste se requiere por ser necesario o por ser complementario y útil.(...) La jurisprudencia ha protegido especialmente, entre los menores, a los bebés recién nacidos, considerando, por ejemplo, que una EPS viola los derechos de un menor al condicionar la atención médica a periodos mínimos de tiempo, en especial si se trata de servicios de salud que están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.(...) También reciben una especial protección de la jurisprudencia constitucional si concurren dos condiciones de vulnerabilidad, como ocurre, por ejemplo con los menores con discapacidad. Por ejemplo, ha señalado que una niña con discapacidad mental, tiene derecho a acceder a una cirugía de ligadura de trompas, autorizada por sus padres, siempre y cuando la decisión sea producto de un debido proceso orientado a respetar, en la mayor medida posible, la voluntad autónoma de la menor. (...)"

8 Se dice, en principio, porque la jurisprudencia también ha establecido reglas para desvirtuar la opinión del médico tratante. Al respecto dijo en la sentencia T-344 de 2002:

"Aunque las normas legales no se han ocupado de indicar un procedimiento para dirimir esta clase de conflictos, advierte la Sala que es posible que el Comité Técnico Científico niegue una orden del médico tratante. Pero no puede hacerlo basándose en su criterio de orden administrativo o presupuestal. El Comité debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. Para ello, la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante".

9 Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre otras, las

siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

10 El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994 define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

11 Sentencia T-047 de 2010

12 Ver entre otras las siguientes sentencias: T-1204 de 2000 T-058 de 2004, T-178 de 2002 y T-1204 de 2000 y T-007 de 2005.

13 Historia Clínica. Folio 4, Cuaderno 1.

14 Copagos, cuotas moderadoras, costos de los medicamentos, etc.