

Sentencia T-754-09

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO A LA SALUD-El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Puede otorgar el tratamiento prescrito por un médico particular cuando ha habido negligencia de la entidad en la atención

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Cambio de cateter peritoneal por tumor en el cráneo no fue autorizado por la EPS-S

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Orden a la EPS-S de cambiar el cateter peritoneal del menor y el suministro del tratamiento integral

Referencia: expediente T- 2.322.920

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

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

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El señor Leonardo García Sanabria quien actúa en representación de su hijo menor de 18 años JOHAN STIVEN GARCIA demanda del juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales consagrados en el artículo 44° de la Constitución Política de Colombia a la vida, a la integridad física y a la seguridad social en salud, presuntamente vulnerados por EPS-S Convida y la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, por no autorizar el procedimiento para el cambio de catéter distal con el médico tratante Alejandro Ahumada González. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. Hechos

1. El niño, nació el treinta y uno (31) de agosto de dos mil siete (2007).

1. Desde su nacimiento presenta graves quebrantos de salud al estar afectado por un tumor en el cráneo, que constantemente le drena un líquido. En consecuencia, el médico tratante estipuló la necesidad de instalarle un catéter distal peritoneal.

1. Con el paso del tiempo, al cumplir 21 meses, el neurólogo Ahumada González decidió formular el cambio del catéter distal peritoneal, pues este resulta insuficiente para cumplir su función por salirse del peritoneo.

1. Frente al diagnóstico médico, la EPS-S Convida no autorizó el cambio del catéter ordenado por el médico Alejandro Ahumada González, quien lo trató en su nacimiento en la clínica "MONTERREY" de Bogota D.C.

1. Argumentos de derecho

1. El artículo 42° del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares en los siguientes casos:

"Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio publico de salud, para proteger los derechos como el derecho a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía entres otros."

1. Aduce el padre del infante, que en virtud del artículo 44° de la carta Política los derechos fundamentales de los niños son: "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", entre otros.

1. Por tanto, la salud es un derecho fundamental a favor de los niños, consagrado y protegido en la Constitución Política.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.2.1 CONVIDA EPS-S

Afirma que hasta el momento, no tiene registrada ninguna solicitud de cambio de catéter distal. Así mismo, asegura que por ser un procedimiento no POS-S le

corresponde suministrarlo a la Secretaria de Salud de Cundinamarca.

Sostiene que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, el Decreto 806 de 1998, la Resolución 5261 de 1994, los Acuerdos 244 de 2003 y 306 de 2005 del Ministerio de la Protección Social, los servicios que no se encuentran dentro del POS-S, no pueden ser garantizados por Convida EPS-S, sino por la Secretaria de Salud de Cundinamarca.

Agrega no tener los mecanismos, el presupuesto, ni los contratos, para cubrir lo que no se encuentra dentro del POS-S.

1. SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

Afirma que al no ser una institución prestadora de servicios de salud (IPS), no está dentro de sus competencias prestar la atención médica directamente a los afiliados. No obstante, tiene la obligación de celebrar contratos con las entidades prestadoras del servicio de salud bien sean públicas o privadas, para que a través de ellas, se le garantice la prestación a las personas del régimen subsidiado los servicios de salud no incluidos dentro del POS-S.

Explica que no se le ha solicitado autorizar el CAMBIO DE CATETER DISTAL (PERITONEAL). Además de encontrar que el diagnóstico del procedimiento lo realizó un neurólogo-pediatra particular.

Considera que los procedimientos requeridos no se encuentran dentro del POS-S y tampoco en el MAPIPOS o en la Resolución 5261 de 1994, que consagra en su artículo 18 las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud.

En consecuencia, teniendo en cuenta la normativa legal y las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la Resolución 3099 del 21 de agosto de 2008: “las actividades, exámenes y suministros que son no POSS según el acuerdo 306, y que tampoco se encuentren dentro del MAPIPOS o Resolución 5261 de 1994, deberán ser autorizadas por parte de las EPS (ARS) que administran el régimen subsidiado.”

1. PRUEBAS DOCUMENTALES.

Documentos que obran en el expediente.

1) Formula médica expedida por el Dr. Alejandro Ahumada González el día 04 de marzo de 2009 (Neurología- Neurocirugía-Neuropatía). En donde consta:

“El paciente necesita el cambio del Catéter Distal (Peritoneal), porque, debido a su crecimiento, ya está corto y se va a salir del peritoneo.

Requiere hospitalización y autorización para estos procedimientos pronto”.

2) Copia del carné correspondiente a la EPS-S Convida, en el cual consta que el infante se encuentra afiliado a ella, desde el día 31 de agosto de 2007. Su centro de salud es el puesto de salud de Machetá hospital de Chocontá.

3) Copia de la historia médica de la Clínica Monterrey S.A. de Bogotá D.C., (Unidad de Cuidados Intensivos), en la cual consta la entrada del niño en delicado estado de salud, desde el primer día de su nacimiento y la remisión a esa institución médica, por ser de nivel tres para poder hacerle los tratamientos correspondientes.

1. DECISIONES JUDICIALES

DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA - JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C. CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS.

El Juez Catorce Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, el diez (10) de junio de 2009 profirió el fallo de tutela, en el cual decidió no proteger los derechos fundamentales del niño.

Consideró que en el asunto, la orden del médico tratante es de un particular y no se demostró la negación del servicio, por cuanto estuvo en trámite la autorización del mismo.

No obstante, dada la importancia del tratamiento que el niño requiere y por ser un

sujeto de especial protección constitucional, se ordenó a la EPS-S Convida hacer valorar al infante por un médico tratante adscrito a la entidad, para que se establezca la necesidad del procedimiento de cambio de catéter distal peritoneal y de diagnosticarse, aplicar el trámite establecido en la Resolución No. 0053334 del Ministerio de la Protección Social por medio de la cual se regulan los tratamientos No POS en el régimen subsidiado.

A su vez, el juez de instancia concedió a la EPS-S demandada la posibilidad de repetir contra la Secretaria de Salud del Departamento de Cundinamarca, por los tratamientos que se realicen en cumplimiento de la orden dada, siempre y cuando no estén cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 y la Sentencia T-760 de 2008.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto, la Sala analizará si la EPS-S Convida y la Secretaria de Salud del Departamento de Cundinamarca vulneraron los derechos fundamentales a la salud, seguridad social en salud y a la vida digna del niño Johan Stiven García Buitrago por negarle el tratamiento de cambio de catéter distal peritoneal, presuntamente por no estar

formulado por un médico tratante adscrito a la EPS-S demandada.

1. Para resolver la controversia la Corte examinará: i) el derecho fundamental a la salud de los niños, ii) el derecho al diagnóstico como un elemento estructural del servicio a la salud dentro del derecho fundamental a la salud y iii) el diagnóstico de un médico tratante no adscrito a la entidad promotora de salud es un concepto válido para otorgar el tratamiento.

1. Reglas jurisprudenciales que definen el derecho a la salud en el caso de los niños, como un derecho fundamental autónomo. Reiteración de jurisprudencia.

Ahora bien respecto a la jurisprudencia que define el derecho a la salud de los niños como un derecho fundamental autónomo, cabe señalar que la Constitución en el artículo 44 determinó una protección especial para este grupo de la población, con el objeto de armonizar los contenidos de los tratados internacionales referentes a los derechos de los niños, la Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y la Ley 1098 de 2006 -Código de Infancia y Adolescencia entre otras.¹

Así la Constitución Política de Colombia en el artículo 44 define los derechos fundamentales de los niños en los siguientes términos:

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.”

En ese sentido, la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por

Ley 12 de 1991 y ratificada el 27 de febrero del mismo año, disponen que los Estados Partes adopten medidas eficaces para la consecución y aplicación de un plan integral de salud que cubra todas las afecciones que puedan sufrir los menores de edad, de conformidad a los artículos 24 y 25 de la Convención que señalan lo siguiente²:

“Artículo 24.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

(...)

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

(...)

Artículo 26.

“1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

Sobre el tema la Corte Constitucional en la Sentencia SU-819 del veinte (20) de octubre

de mil novecientos noventa y nueve (1999)⁴ señaló lo siguiente:

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

En ese contexto, por ser fundamental el derecho a la salud de los niños, la acción de tutela resulta procedente, razón por la cual hace recaer en el juez constitucional la responsabilidad de tener un mayor cuidado al analizar el caso de la presunta vulneración y de encontrar fundada la causa del desconocimiento, tutelar de forma inmediata sin importar que se trate de servicio no incluido en el plan obligatorio de salud contributivo o subsidiado.

Al respecto se indicó en la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)⁵:

“La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,⁶ debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.⁷ En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.⁸ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

En concreto, cuando por la aplicación taxativa de una norma que rige la seguridad social en salud, se incurra en la vulneración del derecho fundamental a la salud de un niño, se debe inaplicar la norma de conformidad con lo consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política⁹.

1. El diagnóstico es un elemento estructural del servicio a la salud en el marco del derecho fundamental a la salud.

El servicio de salud si bien es al cual accede todo usuario cuando padece una alteración del funcionamiento normal de su organismo, ello no podría determinarse de una forma adecuada sin un diagnóstico profesional, científico y oportuno de un médico.

El acceso al diagnóstico es el primer paso en la prestación del servicio de salud, pues en esa etapa se comienza a detectar la afección mediante exámenes, valoraciones y pruebas que proporcionan una perspectiva específica del estado de salud del paciente.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-232 del once (11) de marzo de dos mil cuatro (2004) indicó:

“Es doctrina reiterada de esta Corporación, que el derecho a la seguridad social no se limita a prestar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicamentos, sino que también incluye el derecho a un efectivo diagnóstico¹⁰, entendido como “la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.”¹¹

De esta manera se ha abierto paso por vía de jurisprudencia al derecho al diagnóstico como presupuesto de la prestación adecuada del servicio público de atención en salud.¹² Reiteradas ocasiones han servido para que la Corte sostenga que cuando no se practica un examen diagnóstico requerido para ayudar a detectar una enfermedad y por ende determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida.”

En esa misma línea argumentativa, este tribunal Constitucional señaló en la Sentencia T- 076 del treinta y uno (31) de enero de dos mil ocho (2008)¹³ lo siguiente:

Cabe resaltar que dicho precepto normativo garantiza a su vez, la promoción, la protección y la recuperación de la salud, como factores que se dirigen no solamente a prestar oportuna y eficientemente la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicamentos, sino también a incorporar el derecho a un efectivo diagnóstico, como presupuesto imprescindible para la prestación adecuada del servicio público de atención en salud.

En este sentido, la Corte definió que el derecho al diagnóstico al estar intrínsecamente relacionado con el derecho fundamental a la salud alcanza su funcionalidad en la consecución de ciertos objetivos, entre ellos: (i) establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente¹⁴.

En ese contexto, limitar o restringir la valoración médica constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud, puesto que la protección abarca tanto los tratamientos como el derecho a obtener las citas médicas de manera oportuna, en las cuales el médico profesional está en la obligación de indagar el motivo de la enfermedad y dependiendo de ese concepto o diagnóstico, se continúe con el tratamiento pertinente para poder garantizar de una forma material la protección del derecho fundamental a la salud.

1. El diagnóstico de un médico tratante no adscrito a la entidad promotora de salud es un concepto válido para otorgar el tratamiento. Reiteración de jurisprudencia.

Ahora bien, el derecho al diagnóstico como un elemento esencial del derecho fundamental a la salud, lo proporciona la entidad promotora del servicio de salud a sus afiliados, al ofrecer el servicio de salud con el grupo de médicos en las clínicas dispuestas para ese fin. Pero cuando el diagnóstico lo efectúa una persona distinta a un médico tratante adscrito a la EPS del afiliado, en principio no se podría exigirle a la EPS otorgar el

tratamiento médico.

Así las cosas, esta corporación inicialmente consideró que el único concepto válido para ordenar la práctica de un tratamiento era el del médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud, como un requisito de procedencia de la acción de tutela. No obstante, se evidenció que exigir esa condición, en algunos casos constituía un obstáculo para acceder a la prestación médica, pues no siempre la entidad promotora de salud cumplía con la prestación del servicio de manera diligente. En ese contexto la Sentencia T- 760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)¹⁵ explicó:

“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. En tales casos, el concepto 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.¹⁶ 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 EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,¹⁷ sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.¹⁸ También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,¹⁹ incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.²⁰

En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte ha contemplado que la entidad prestadora del servicio de salud, en algunos casos, tiene la obligación de otorgar el tratamiento prescrito por un médico tratante no adscrito a ella, cuando por negligencia de la misma entidad se negó, retrasó, o se obstaculizó el acceso al diagnóstico, lo cual

ocasiona una vulneración del derecho fundamental a la salud.

Así las cosas, la orden del médico tratante no adscrito a la entidad promotora de salud es válida y obliga a las entidades promotoras de salud a otorgar el tratamiento: i) cuando la EPS o EPS-S en que está afiliado el paciente, obstaculiza la atención médica al no prestar el servicio, ii) en los casos donde con anterioridad la EPS o EPS-S halla avalado el concepto de un médico no adscrito a la entidad, pues con ese proceder se compromete a que en el futuro esté en obligación de suministrar los tratamientos por él ordenados y iii) si al conocer la EPS o EPS-S la orden del médico externo, no la controvierte con información científica por intermedio de sus médicos o el comité técnico científico, en donde plasme su voluntad de confirmar, descartar o modificar la orden médica externa.

1. Caso concreto

En el presente asunto, el niño Johan Stiven García Buitrago de 21 meses de nacido padece de un tumor en el cráneo, razón por la cual requirió para su tratamiento la implementación de un catéter peritoneal. No obstante, a medida que creció, el catéter dejó de cumplir su función original. En consecuencia el neuropediatra Dr. Alejandro Ahumada González determinó la necesidad de cambiarlo, pues el que tiene se salió del peritoneo.

Ante esta necesidad médica, los padres solicitaron a la EPS demandada la autorización del tratamiento, quien les informó no poder otorgarlo por ser un tratamiento no contemplado en el plan obligatorio de salud subsidiado y estar formulado por un médico tratante no adscrito a la entidad.

De conformidad con las consideraciones expuestas, respecto a la validez de la orden de un médico tratante no perteneciente a la EPS-S, la Corte estableció que la EPS-S está obligada a suministrar el tratamiento, siempre y cuando no controvierta el diagnóstico de manera científica, mediante el sometimiento del concepto del médico externo ante el comité técnico científico o al de un médico de la institución.

En ese orden de ideas, el 4 de marzo de 2009 el neurólogo Alejandro Ahumada González

emitió la orden médica para el cambio de catéter. En consecuencia, el padre del niño el 21 de abril de 2009 remitió el diagnóstico a la EPS-S Convida para obtener la convalidación y aprobación del tratamiento.

No obstante, los padres del niño cuando acudieron al Hospital San Martín de Porres a que se le practicara el tratamiento formulado por el médico Ahumada González, ellos solicitaron la autorización de la EPS-S Convida, quien dada las circunstancias de procedencia de la orden y la no inclusión del tratamiento dentro del POS-S se abstuvo de otorgarlo, puesto que nunca se practicó de conformidad con lo expuesto por el padre de Johan Stiven García Buitrago.

Así las cosas, la Sala encuentra que la EPS-S Convida una vez conoció la orden médica para el cambio del catéter, no sometió este diagnóstico a una evaluación científica con sus propios médicos o ante el comité técnico-científico. Por tanto, la orden del médico tratante no adscrito a la entidad obliga a la EPS-Convida a suministrar el tratamiento requerido.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela procede para autorizar tratamientos por fuera del plan obligatorio de salud subsidiado cuando se cumplen ciertos requisitos, entre ellos que la orden del médico sea de uno adscrito a la EPS-S, pero como se analizó en este caso, ese presupuesto no se exigió de manera estricta y se aplicó el cambio de jurisprudencial dado en la Sentencia T-760 de 2008. En consecuencia, se entrará a definir si se cumple con las demás exigencias, tales como:

i. "que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;

De lo narrado por el padre del niño, la Sala encuentra que el tratamiento, de cambio de catéter, amenaza directamente el derecho fundamental a la vida, pues es necesario para restablecer en cierto modo el funcionamiento del organismo. Por tanto, la ausencia del suministro del tratamiento amenaza los derechos fundamentales del niño a la vida y a la salud como un sujeto de especial protección constitucional.

i. que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

En lo que hace referencia a que el medicamento no pueda ser sustituido por algún otro de los establecidos en el POS-S, la EPS-S demandada no afirmó nada al respecto, lo cual presupone la imposibilidad del cambio de catéter distal peritoneal por otro tipo de procedimiento.

i. que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido”²¹

ii. .

Respecto a la capacidad económica de los padres para sufragar el costo del cambio de catéter peritoneal, es preciso mencionar que la Ley 1122 de 2007 artículo 14 eliminó el copago y la cuota moderadora para los niveles 1 y 2 del SISBEN y de acuerdo con los documentos aportados por el accionante se comprueba que el señor Leonardo García Sanabria (padre del niño) está clasificado en el Nivel 1. La Sala valora aquella información como cierta y suficiente, para concluir que el peticionario no puede sufragar los costos del tratamiento de cambio de catéter distal necesario para restablecer la salud de su hijo.

Así la Sentencia T- 301 del veintisiete (27) de abril de dos mil siete (2007)²² puntualizó lo siguiente:

“Sin embargo, en aplicación del literal g del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, el Sr. Barrios Téllez, en calidad de afiliado al régimen subsidiado de seguridad social en salud, clasificado en el nivel 1 del SISBÉN, no se encuentra obligado a copagos ni cuotas moderadoras para acceder a los medicamentos y a la prestación de los servicios médicos que necesita para la atención de su estado de salud. Por tanto, la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta, no puede exigir los pagos compartidos para que el Sr. Barrios acceda a la entrega de medicamentos y a la prestación de la atención médica que requiere.

“En consecuencia, esta Corte revocará la sentencia adoptada el 20 de abril de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, y en su lugar, confirmará la decisión adoptada el 13 de febrero de 2006 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, mediante la cual se concedió el amparo del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna del Sr. Ángel David Barrios Téllez, pero por las razones expuestas en esta Sentencia.”

Así las cosas, sí se cumplen los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para obtener el suministro de medicamentos, procedimientos y los tratamientos no POS-S. De ese modo la Sala considera que se vulneraron los derechos fundamentales de los niños a la salud y la vida digna de Johan Stiven García Buitrago, al negar el procedimiento de cambio de catéter distal y el tratamiento integral para las distintas enfermedades que produce el tumor en el cráneo del infante, pues la Corte Constitucional ha reiterado que en virtud del principio de integralidad, se debe dar desde la atención médica inicial hasta lograr una rehabilitación satisfactoria de la condición de salud.

Es importante mencionar, que el juez de instancia si bien ordenó a la EPS-S Convida realizar una valoración médica y dependiendo de ella, se suministra el tratamiento médico, no se tutelaron los derechos fundamentales del niño, con el argumento de no provenir la orden de un médico tratante adscrito a la EPS demandada, lo cual contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al tema, tal y como se precisó en el asunto.

Por lo tanto, se ordenará a la EPS-S demandada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, le otorgue al niño Johan Stiven García Buitrago el cambio de catéter peritoneal y el tratamiento integral que le ordenen los médicos tratantes adscritos a la entidad, para el tratamiento del tumor en el cráneo que padece, ya esté o no dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Ciertamente, para garantizar un equilibrio financiero y de acuerdo con las competencias de las entidades territoriales consagradas en la Ley 715 de 2001 la EPS-S Convida podrá repetir contra la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, en relación con los medicamentos y tratamientos, formulados por el médico tratante adscrito a la entidad,

no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo del diez (10) de junio de 2009 proferido por el Juez Catorce Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO. CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de Johan Stiven García Buitrago.

TERCERO. ORDENAR a Convida EPS-S que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente Sentencia, suministre el tratamiento de cambio de catéter peritoneal a Johan Stiven García Buitrago, de acuerdo a lo que sea médicamente indicado.

CUARTO. ORDENAR a Convida EPS-S, que dentro del mismo término, suministre tratamiento integral para los tratamientos que surjan del tumor en cráneo y todos los procedimientos, medicamentos, exámenes y tratamientos del POS-S y NO POS-S ordenados por un médico tratante adscrito a la entidad, y que requiera el niño Johan Stiven García Buitrago para tratar la enfermedad que padece.

QUINTO. La EPS-S Convida de conformidad con la Ley 715 de 2001 podrá repetir por los recursos invertidos en el cumplimiento de la orden emitida en este fallo, contra la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca en relación con los procedimientos, medicamentos, exámenes y tratamientos, formulados por un médico tratante adscrito a la entidad, no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

SEXTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia 608 del 19 de junio de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

2 Ibidem.

3 Ibidem

4 M.P. Álvaro Tafur Galvis,

5 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

6 Según la Constitución (art. 44), “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

7 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

8 Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-223 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

9 Constitución Política de Colombia artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

10 Ver Sentencia T-364 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Sentencia T-366 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

12 Ver Sentencia T-849 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 M.P. Rodrigo Escobar Gil

14 Ver, entre otras, Sentencia T-1041 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

15 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

16 En la sentencia T-500 de 2007 (MP 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 EPS, 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”.

17 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

18 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1041 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

19 En la sentencia T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

20 En la sentencia T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

22 M.P. Jaime Araujo Rentería