



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 000151 DE 2017

(Diciembre 27)

Bogotá, D. C.

Señora

XXXXXXXXXXXX

Asunto: Respuesta solicitud de concepto E-2017-646597 de 11 de diciembre de 2017.

Atendiendo al asunto de la referencia remitido por la coordinadora del grupo de gestión de peticiones, quejas, reclamos y denuncias, de la Superintendencia de Salud y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. CONSULTA

Se consulta sobre los trámites que deben surtirse ante la ausencia total de los padres de un menor de edad que se encuentra en una unidad pediátrica.

II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿En caso de requerirse algún procedimiento quirúrgico, quien firmaría el consentimiento informado en ese caso?

En caso de que el paciente requiera supervisión de mayor o diferente complejidad, ¿cómo se debe activar el proceso de referencia y contra referencia? Si la EPS indica que los traslados de menores de edad deben ser acompañados por los padres o adulto responsable, ¿bajo la supervisión de quien se debe realizar el traslado del menor?

En caso de fallecimiento, ¿cómo y dónde se debe reportar?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrolla la siguiente estructura: 3.1 El derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes; 3.2 El proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

3.1. El derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes

En Colombia el derecho a la salud ha sido comprendido como un derecho fundamental, sustentado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como (...) un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 44, reconoce la salud, como uno de sus derechos fundamentales y el mandato de protección integral y prevalencia de los mismos.

La Ley 1098 de 2006, por su parte, consagra el derecho a la salud integral de la niñez y se prohíbe la no prestación del servicio por ningún motivo: "*Art. 27. Derecho a la salud. 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 (...)*".

Respecto del carácter fundamental y prevalente de este derecho, la Corte Constitucional, ha indicado: "(...) el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas, eficazmente. 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".^[1]

En este orden de ideas, el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes es un derecho fundamental que goza de una protección reforzada constitucional, legal y jurisprudencial, e implica una atención integral en salud, prioritaria, inmediata y sin ningún tipo de justificación en la negación del servicio por parte de las entidades del sector salud.

Para la garantía y satisfacción de este derecho, la legislación colombiana ha establecido como corresponsales a la familia, la sociedad y el Estado, atribuyéndoles una serie de responsabilidades. Así en el caso de la familia, el numeral 7 del artículo 39 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que es su obligación: *"incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos"*.

Para el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, el artículo 46 numeral 6, establece como obligación: *"garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente; en atención al interés superior del niño, niña o adolescente o a la prevalencia de sus derechos"*.

Como puede verse la familia y especialmente los padres, son los primeros responsables de garantizar el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, a través de su vinculación al SGSSS y el control y seguimiento a los servicios médicos que requieran y el Estado y dicho Sistema, tienen la obligación de garantizar la atención oportuna y de calidad en salud, sin limitaciones de ningún tipo.

Ahora bien, como la atención y garantía en salud, puede tener implicaciones en otros derechos, especialmente con la autonomía personal, la libertad de conciencia y de creencias, el consentimiento para la realización de procedimientos médicos, en el caso de los niños, niñas y adolescentes es un asunto fundamental a considerar, y el cual ha tenido desarrollos normativos y jurisprudenciales respecto de sus alcances y limitaciones.

Sobre el particular esta Oficina asesora Jurídica se ha pronunciado en los conceptos 12 de 4 de febrero de 2015, 109 de 15 de septiembre de 2016 y 106 de 2017, de los cuales se resaltan las siguientes conclusiones:

"1. En el caso de los niños, niñas y adolescentes la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de los infantes es un deber prioritario y por tanto resultan en principio admisibles aquellas medidas que garantizan la primacía de sus derechos, incluso en contra de la determinación de los padres o tutor."

2. Respecto de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para adoptar decisiones sobre la práctica de procedimientos médicos, la Corte ha indicado que el concepto de consentimiento sustituto por parte de los padres se aplica dependiendo de la edad de los pacientes y del desarrollo volitivo de sus facultades, por lo cual, dicho consentimiento, tendrá mayor validez cuando los niños se encuentren en edades tempranas, mientras que los adolescentes cercanos a la mayoría de edad, podrán válidamente emitir su consentimiento."

3. La jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos de intervenciones médicas en niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados y tener en cuenta su opinión. Así mismo, ha desarrollado unos criterios para adoptar decisiones respecto de la procedencia del"

consentimiento sustituto, los cuales se relacionan entre sí y se refieren a: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor de edad; y (iii) su edad.

4. El médico es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quien se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente".

3.2. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

El artículo 51 de la ley 1098 de 2006 establece la obligación del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en los siguientes términos: *"el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o país, será competente la autoridad del lugar <sic> competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales".*

Así, el capítulo IV del libro I del Código de la Infancia y la Adolescencia regula el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el conjunto de actuaciones que la autoridad administrativa competente debe desarrollar para la restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que han sido vulnerados.

En materia de competencia para adelantar el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en los artículos 96 a 98 que: (i) corresponde a los Defensores de Familia, Comisarios de Familia o Inspectores de Policía, según sea el caso, y de conformidad con las funciones previstas en el mismo Código, adelantar entre otras, las actuaciones administrativas para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes y adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la referenciada ley para detener la violación o amenaza de sus derechos, (ii) será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional, (iii) en los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que atribuye serán cumplidas por el Comisario de Familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al Defensor de Familia y al Comisario de Familia corresponderán al Inspector de Policía, y (iv) la declaratoria de adoptabilidad de un niño, niña y adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia.

Cuando la autoridad administrativa competente conozca de hechos que puedan constituir inobservancia, amenaza o vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, debe realizar en todos los casos la verificación de la garantía de derechos según lo prevé el artículo 52 de la Ley 1098 de 2016 y, de ser necesario, iniciar la respectiva actuación administrativa

ordenando las medidas a que hubiere lugar, con el fin restablecer a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercido pleno y efectivo de sus derechos.

En tal virtud, al Defensor de Familia como autoridad administrativa, encargada de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando han sido amenazados, inobservados o vulnerados, se le encomendaron en el artículo 82, entre otras las siguientes funciones:

“1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la velación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes”.

Respecto de las medidas que puede adoptar la autoridad administrativa en el curso del proceso, el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece:

“Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.

3. Ubicación inmediata en medro familiar:

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.

5. La adopción.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera”. (subrayado fuera de texto)

IV. CONCLUSIONES

1. El derecho salud de los niños, niñas y adolescentes, es un derecho fundamental que goza de una protección reforzada constitucional, legal y jurisprudencial, e implica una atención integral en salud, prioritaria, inmediata y sin ningún tipo de justificación en la negación del servicio por parte de las entidades del sector salud. Para su garantía y satisfacción, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido como corresponsables a la familia, la sociedad y el Estado, atribuyendo una serie de obligaciones. En el caso de la familia, especialmente los padres, son los primeros llamados de garantizar el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, a través de su vinculación al SGSSS y el control y seguimiento a los servicios médicos que requieran, mientras que, el Estado y el Sistema, tienen la obligación de garantizar la atención oportuna y de calidad en salud, sin limitaciones de ningún tipo.

2. En la atención y garantía del derecho a la salud, pueden requerirse intervenciones y procedimientos que tengan implicaciones en otros derechos tales como la autonomía personal, la libertad de conciencia y de creencias, motivo por el cual, es relevante tener en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente y las reglas jurisprudenciales respecto del consentimiento de éstos o el sustituto de sus padres para la realización de procedimientos médicos. Así, el consentimiento sustituto por parte de los padres se aplica dependiendo de la edad de pacientes y del desarrollo volitivo de sus facultades, por lo cual, dicho consentimiento, tendrá mayor validez cuando los niños se encuentren en edades tempranas, mientras que los adolescentes cercanos a la mayoría de edad, podrán válidamente emitir su consentimiento.

En el mismo sentido la Corte ha determinado unos criterios para adoptar decisiones respecto de la procedencia del consentimiento sustituto, los cuales se relacionan entre si y se refieren a: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses; (II) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor de edad; y (iii) su edad.

3. Cuando en la atención y prestación de servicios de salud se conozca de la presunta vulneración o amenaza de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por parte de los padres, tales como el abandono de sus obligaciones respecto de sus hijos, se debe poner en conocimiento del Defensor de Familia o Comisario de Familia en virtud de la competencia subsidiaria, quienes como autoridades competentes, adoptarán las medidas a que haya lugar para hacer cesar la vulneración o amenaza y restablecerlos.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante, lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNÁNDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.