

Sentencia T-050-09

DERECHO A LA SALUD-Reglas jurisprudenciales que lo definen como fundamental

DERECHO A LA SALUD-Protección por medio de la acción de tutela

JUEZ CONSTITUCIONAL-Imposibilidad de ordenar prestaciones en salud sin que exista una orden médica/RESERVA MEDICA-La decisión sobre que tratamientos y medicamentosa aplicar le corresponde al médico y no al juez

CRITERIOS DE ESPECIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Alcance

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Situaciones con las que se relaciona

En la práctica la garantía efectiva del derecho al diagnóstico se relaciona con dos situaciones específicas. De un lado, la exigencia de que las decisiones judiciales que reconocen prestaciones de servicios en salud estén respaldadas por órdenes médicas, como se expuso en el acápite anterior. Y, del otro, la existencia de fallas en el Sistema de Seguridad Social en salud que afecta la efectiva y eficiente prestación de este servicio, vulnerando con ello los principios de calidad e integralidad del derecho a la salud.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Vulneración debido a que la EPS debió ordenar la valoración de la peticionaria para determinar si el examen solicitado era o no necesario para la miomatosis uterina que padece

En el asunto subjuice se ha vulnerado el derecho al diagnóstico de la peticionaria por parte de COOMEVA EPS. Esto, en tanto al momento de la contestación de la demanda de tutela, COOMEVA debió disponer la valoración de la demandante para determinar si el examen por ella solicitado era o no necesario. De igual manera el juez de tutela debió ordenar lo propio. Como quiera que está demostrado en la historia clínica de la paciente, el padecimiento de la patología MIOMATOSIS UTERINA INCIPIENTE, MICROPILIQUITOSIS y PROBABLE SANGRADO DISFUNCIONAL (Fl. 8), no puede, en curso del proceso judicial de amparo, analizarse simplemente aspectos formales tales como que el examen solicitado está excluido del POS o que no existe orden escrita que lo prescriba. Ello implica haber hecho caso omiso del problema de fondo del caso, cual

es el de determinar si se requiere o no el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA. Por las razones expuestas en el acápite pertinente esta Sala no puede ordenar el reconocimiento inmediato del examen solicitado por la ciudadana, pues no existe orden médica en dicho sentido. No obstante la protección en estos casos consiste en lograr la orden médica en mención. Por ello, la Sala ordenará la realización inminente de las valoraciones necesarias por parte del médico tratante o del cuerpo medico que para ello se establezca, encaminadas a determinar por escrito si la patología de la tutelante requiere el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA, y/o otros los exámenes o tratamientos relacionados con la patología en mención. Y, en caso de que la decisión médica sea reconocer la necesidad de este examen o de otros, éstos deberán ser autorizado por COOMEVA EPS.

Referencia: expediente T-2028540

Acción de tutela interpuesta por Enelcy Contreras Arrieta, contra COOMEVA EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela, en el asunto de la referencia, dictado por el Juzgado tercero (3º) Civil Municipal de Sucre del 06 de junio de 2008, en única instancia.

## I. ANTECEDENTES

### Hechos

1. Manifiesta la señora Enelcy Contreras, que hace varios meses viene padeciendo de sangrado vaginal, por lo que el 14 de marzo de 2008 se realizó una ecografía cuyo resultado fue MIOMATOSIS UTERINA INCIPIENTE, MICROPILQUITOSIS y PROBABLE SANGRADO DISFUNCIONAL (Fl. 8). Unos días después se le recetó el medicamento Medroxiprogesterona Acetato Suspensión Inyectable 150 mg.

1. El día 16 de abril de 2008, presentó nuevamente los problemas de salud descritos y acudió a la Clínica Santa María de Sincelejo y fue atendida por el Ginecólogo Guillermo Espinosa Martínez, quien le manifestó oralmente la urgencia de practicarse el examen HISTEROSCOPIA GINECOLÓGICA.

1. Afirma la actora, que el Dr. Espinosa Martínez se abstuvo de realizar la orden médica para el examen en cuestión por escrito, bajo el argumento de que el mismo se encuentra excluido del POS. Le aconsejó remitirse a la Liga de Lucha contra el cáncer, en donde el examen tenía un valor de \$ 800.000.

1. Por lo anterior, la ciudadana interpuso acción de tutela contra COOMEVA EPS, en la cual le solicitó al Juez de amparo que ordenara a la mencionada entidad reconocer la práctica del examen HISTEROSCOPIA GINECOLÓGICA.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Escrito de la demanda de tutela (Fls. 1 a 6)

2. Prescripciones médicas suscritas por el médico tratante (Fls. 7 a 10)
3. Certificación de la DIAN de que la tutelante no declara renta. (Fl. 21)
4. Escrito de contestación a la demanda de tutela (Fls. 22 a 26)
5. Escrito de la sentencia de tutela de única instancia (Fls. 27 a 32)

#### Fundamentos de la Petición

La parte actora señala que su situación ha sido catalogada por el médico tratante como urgente, pues la patología de la que padece puede degenerar en problemas de salud más graves. Afirma que no cuenta con los medios económicos para examen médico al cual le hizo referencia el médico tratante. Aduce igualmente que la EPS o en su defecto el juez de tutela, deben obligar al médico tratante a prescribir por escrito la necesidad del examen.

#### Respuesta de COOMEVA EPS

La entidad demandada argumenta que no puede ordenar el reconocimiento del examen en cuestión, pues se encuentra excluido del POS. Alega que el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 establece que cuando un afiliado al Régimen Contributivo requiere servicios adicionales a los incluidos en el POS y no tenga capacidad de pago para asumirlos, las instituciones públicas y las privadas con convenio con el Estado, tienen la obligación de prestar los mencionados servicios, pudiendo cobrar una cuota de recuperación. En concordancia con lo anterior añade que según la ley 715 de 2001, las entidades territoriales tienen la obligación de financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda (art. 43.2.2 L.715/01). De ello concluye que COOMEVA no ha vulnerado los derechos fundamentales de la demandante, en tanto ha cumplido con las prestaciones que ha necesitado la afiliada incluidas en el plan obligatorio.

De otro lado afirma, que la demandante no ha agotado los mecanismos legales para acceder a la prestación excluida del POS que pretende hacer valer por tutela, lo cual hace improcedente la acción de amparo a la luz de los requisitos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional.

Decisión judicial objeto de revisión.

Sentencia de única instancia

El juez de tutela niega el amparo bajo la consideración de que no existe diagnóstico médico escrito, en el que se consigne el hecho de que la demandante requiere el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA. Agrega que en seguimiento de la jurisprudencia constitucional, resulta necesario que la orden del juez esté respaldada en una orden médica, y ésta no existe en el caso concreto.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- La señora Enelcy Contreras Arrieta viene padeciendo hace varios meses de sangrado vaginal, por lo que se realizó una ecografía cuyo resultado fue miomatosis uterina incipiente, micropiliquitosis y probable sangrado disfuncional. A raíz de dichas dolencias acudió a la Clínica Santa María de Sincelejo y fue atendida por el Ginecólogo Guillermo Espinosa Martínez, quien le manifestó verbalmente la urgencia de practicarse el examen HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA, y se abstuvo de realizar la orden médica para el examen en cuestión por escrito, bajo el argumento de que el mismo se encuentra excluido del POS. Le aconsejó igualmente remitirse a la Liga de Lucha contra el cáncer, en donde el examen tenía un valor de \$ 800.000. La señora Contreras interpuso acción de tutela contra COOMEVA EPS, en la cual le solicitó al Juez de amparo que ordenara a la mencionada entidad reconocer la práctica del examen referido, en razón a que no cuenta con los medios para asumirlo.

Por su lado COOMEVA EPS respondió que no puede ordenar el reconocimiento del examen en cuestión, pues se encuentra excluido del POS. Alega la existencia de otros mecanismos para que la demandante acceda a la prestación excluida del POS, que le

solicita al juez de amparo. Dichos mecanismos constituyen la posibilidad de acudir a las instituciones públicas y privadas con convenio con el Estado, quienes tienen la obligación de prestar los mencionados servicios cuando un afiliado al Régimen Contributivo requiere servicios adicionales a los incluidos en el POS a causa de su falta de capacidad de pago para asumirlos (art. 28 D.806/98). Además de que las entidades territoriales tienen la obligación de financiar la prestación de estos servicios en lo no cubierto con subsidios a la demanda (art. 43.2.2 L.715/01). Por ello considera que la demandante no ha agotado los mecanismos legales para acceder a la prestación excluida del POS que pretende hacer valer por tutela, lo cual hace improcedente la acción de amparo a la luz de los requisitos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional.

El juez de tutela niega el amparo. Argumenta que no existe diagnóstico médico escrito que certifique que la demandante requiere el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA. Afirma que a la luz de la jurisprudencia constitucional, resulta necesario que la orden del juez esté respaldada en una orden médica. Y, dicho requisito no se cumple en el presente caso.

#### Problema Jurídico

3.- De conformidad con lo anterior la Sala debe determinar si la EPS COOMEVA ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Enelcy Contreras, al no autorizar la práctica del examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA. Para ello se deberá tener en cuenta que el mencionado examen se encuentra excluido del POS, así como que el mismo no ha sido prescrito por el médico tratante mediante una orden escrita.

Antes de resolver el anterior interrogante, se hará una breve referencia a las líneas jurisprudenciales sobre (i) la garantía de las prestaciones en materia de salud por vía de tutela, respecto de prestaciones incluidas y/o excluidas de los planes obligatorios; (ii) la imposibilidad de los jueces de ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud sin que exista una orden médica en dicho sentido, y (iii) el alcance del derecho al diagnóstico.

Protección del derecho a la salud por acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política establece que la

salud, a favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es un derecho y un servicio público<sup>1</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>2</sup>. Se ha sostenido igualmente, que el mencionado derecho a la salud no puede protegerse prima facie por vía de tutela, pues su garantía implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. De otro lado, es necesario determinar las prestaciones que definen el contenido del derecho a la salud, pues al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, éste tiene la estructura normativa de principio y, en esa medida, las condiciones de aplicación de la obligación constitucional de garantizar el servicio de salud a los colombianos, deben ser concretadas en prestaciones específicas, que hagan efectiva su exigibilidad ante el juez.

Por lo anterior, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros

derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

5.- En un nivel de abstracción distinto, en los dos supuestos descritos, ha sostenido la Corte Constitucional de igual manera, que el juez de tutela debe garantizar de manera efectiva la satisfacción de este derecho, en aquellos casos en que se discute la conveniencia médica de una determinada prestación en materia de salud. Esto, mediante la prerrogativa que prima facie tiene el derecho fundamental a la autonomía personal. En dichas situaciones resulta especialmente importante para el juez de amparo, la determinación de que el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento, tiene tanto una prohibición como una obligación, que son componentes de la calidad en la prestación del servicio como elemento esencial del derecho de salud. De un lado, se prohíbe de manera general que el juez sustituya criterios médicos por criterios jurídicos, por lo cual sólo se autoriza al mencionado juez, ordenar tratamientos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por el médico tratante. De otro, es deber del juez de tutela velar por el ejercicio del derecho a la autonomía de los pacientes, mediante órdenes que posibiliten a éstos decidir libre y concientemente sobre el sometimiento a ciertos tratamientos médicos, cuando la negativa de su reconocimiento se sustenta en razones de inconveniencia.<sup>3</sup>

6.- En relación con falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.”<sup>4</sup> De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional

de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>5</sup>

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

En relación con falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, cabe señalar que la Corte ha acogido la tesis de la indivisibilidad e interdependencia<sup>6</sup> de los llamados derechos civiles y políticos, con los derechos económicos sociales y culturales. De este modo, si la negativa en el reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, lleva aparejada sucesos concretos tales como: (i) condiciones particulares de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, que sugieran una especial protección constitucional (graves situaciones de

indignidad, ciudadanos o grupos de ciudadanos especialmente vulnerables, entre otros); o (ii) que los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, puedan derivar en el desconocimiento de otros derechos; por ejemplo la relación inescindible que existe entre la garantía de la salud y los derechos a la dignidad y a la vida. En efecto, el concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

7.- No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"<sup>7</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

Imposibilidad del Juez de ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud sin orden médica en dicho sentido. Reiteración de jurisprudencia

8.- Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que "[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento."<sup>8</sup> Por ello, la condición esencial "...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado

procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.”<sup>9</sup>

9.- Lo anterior obedece a varios criterios. En primer lugar, “...el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante.”<sup>10</sup> Éste podría denominarse criterio de necesidad, y procura que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos, así como de los recursos que los sustentan.

A este respecto se ha afirmado lo siguiente: “En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos - o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos.”<sup>11</sup>

10.- De lo anterior se desprende el segundo criterio, consistente en que ante la obligación de los médicos de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, se genera una responsabilidad de los primeros respecto de los tratamientos y medicamentos que prescriban a los segundos. A su vez, dicha obligación tiene como base la ciencia médica, cuyo conocimiento se asume en cabeza de los médicos y no de jueces y abogados. Por ello, se busca evitar que la salud y el bienestar de los pacientes se vean sometidos a criterios distintos al médico, pues si así fuera se corre el riesgo de no atender adecuadamente las patologías de los pacientes. La Corte ha afirmado pues, de manera categórica que “[l]os jueces no son competentes para ordenar tratamientos médicos no prescritos por el médico tratante del paciente. Tal acción, en vez de proteger los derechos fundamentales del paciente, los pone en peligro”<sup>12</sup>. Esto se puede denominar criterio de responsabilidad.

En otras sentencias ha dicho la Corte:

“...si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado

compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede hacerse efectiva. En ese sentido la Corte ha dicho:

<La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.>

(...)

[L]a Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre acerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 597 de 200113, en donde se discutía la efectividad de varios procedimientos médicos alternativos, la Corte dijo lo siguiente:

<Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las

personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.>14”[T- 412 de 2004]

11.- Por último, de lo anterior se derivan los criterios de especialidad y proporcionalidad. Según éstos, pese a que los médicos son quienes disponen los tratamientos y medicamentos para garantizar la salud y el bienestar de los pacientes, este ámbito no se sustrae de todo tipo de control. Por el contrario la labor de los médicos respecto de sus pacientes está enmarcada dentro del límite al que se circunscriben todos los ciudadanos colombianos, cual es el de respetar los derechos fundamentales de otros, y evitar su amenaza o vulneración. Por ello, la sustracción del juez del ámbito de los tratamientos y medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud, se ve matizada por el hecho de que lo único realmente indiscutible, es que los criterios médicos no pueden ser sustituidos por criterios jurídicos (criterio de especialidad). Pero, sí es deber del juez dar cuenta de la protección de los derechos fundamentales de los pacientes, a pesar de la primacía del manejo y opiniones médicas en estas situaciones (criterio de proporcionalidad).

Sobre el particular ha sostenido esta Corporación lo siguiente:

“...se podría (...) simplemente señala[r] que no le corresponde al juez constitucional involucrarse dentro de la práctica médica. Esta afirmación tendería a aceptar que la esfera de la salud y la de la justicia están absolutamente separadas y que, por lo tanto, al juez no le es dado manifestarse acerca de las relaciones médico - paciente. Sin embargo, esta posición no se percata de que dentro de un Estado social de derecho, en el que se ha de velar por los derechos fundamentales de todas las personas, no existen instituciones o funcionarios que se puedan sustraer al control de sus actos. Todo el aparato estatal debe sujetar su actuación a la Constitución y propugnar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas y a los jueces se les ha asignado la responsabilidad fundamental en la vigilancia del cumplimiento de esta máxima.

Así, pues, el campo de la relación médico - paciente no le está vedado al juez constitucional. No obstante, el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos

terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico - paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas.”<sup>15</sup>

12.- Las líneas jurisprudenciales reseñadas establecen que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).

13.- Como se afirmó, lo anterior define de manera clara la regulación jurídica de los tratamientos médicos, en lo relativo a la determinación de su idoneidad, así como en lo relativo a las implicaciones jurídicas cuando se discute su práctica. Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud. Es decir, los coloca como únicos sujetos directamente vinculados por las obligaciones legales de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, según las cuales los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente, esto es, idóneos. Por demás, los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho mención se han desarrollado en el contexto de discusiones jurídicas en

casos concretos, en los cuales el punto central del debate es justamente la idoneidad de los procedimientos.

Así, en sentencia T-059 de 1999, la Corte estudió el caso de un grupo de ciudadanos enfermos de VIH (Sida), internados en la Sala de Infectología de una Clínica, quienes solicitaban una alternativa a la medida de aislamiento ordenada por los médicos dentro de los tratamientos que se les estaban brindando. En sede de revisión, la Corte confirmó la negativa del amparo, por considerar que “[s]i bien, como lo señalan ellos mismos [los demandantes], existen otros modelos de tratamiento de las enfermedades infectocontagiosas, no hay claridad científica acerca de cuál es el tratamiento adecuado y de cuál debe ser de plano descartado, lo que supone un ámbito científico librado al criterio médico”<sup>16</sup>. Es decir, que si resulta discutible la idoneidad del tratamiento, prima el criterio médico.

En sentencia T-597 de 2001, se analizó la solicitud de los padres de un menor a la EPS, de reconocer la práctica de un tratamiento médico en el exterior, excluido del POS. Dicho tratamiento, era calificado por un sector de la comunidad médica como un procedimiento médico experimental, razón por la cual la entidad prestadora del servicio de salud y los jueces de instancia de tutela negaron su reconocimiento; además que la EPS había planteado la posibilidad de sustituirlo por otro tratamiento incluido en el POS. La Corte reconoció que la discusión sobre la práctica de tratamientos experimentales, se refería en últimas a la estimación científica de su idoneidad, por lo cual el criterio médico tenía la última palabra al respecto<sup>17</sup>.

Por ello, en el proceso citado, se ordenó a la EPS conformar un nuevo comité médico, con la participación de profesionales de la salud que apoyaban la idoneidad del procedimiento, pues el primer comité que negó el reconocimiento no contó con el criterio alternativo al carácter experimental del mismo. Además, se ordenó también reconocer el procedimiento en cuestión, pero “...siempre y cuando en el acta [del nuevo comité] conste el concepto favorable y el informe presentado por el epidemiólogo clínico...”<sup>18</sup>. Es decir, se privilegió el criterio médico en atención a que el debate médico comprometía la idoneidad del procedimiento.

En sentencia T-1325 de 2001, la Corte ordenó en abstracto a una EPS, “...remitir a una

institución médica adecuada para el efecto, que proporcione el tratamiento médico que requer[ía]"<sup>19</sup> un ciudadano, que padecía de síndrome de abstinencia a raíz de su condición de alcohólico, además de sufrir de retraso mental; por cuanto el a quo había ordenado un tratamiento que la institución médica que atendía al ciudadano, había calificado como inadecuado en la impugnación de tal decisión. Dijo en aquella oportunidad la Corte que si bien de las pruebas obrantes en el proceso se desprendía la grave situación del ciudadano en comento, sólo los médicos podían establecer cuál tratamiento era el idóneo para su patología.

En sentencia T- 398 de 2004, se estudió un caso en que una madre solicitó al juez de tutela, que su hijo fuera internado en una institución psiquiátrica. En sede revisión, la Corte acogió el criterio del médico que atendía al hijo de la demandante, según el cual en la mayoría de las etapas propias de la patología del paciente no era necesario ni conveniente "...el tratamiento intrahospitalario en unidades especializadas de psiquiatría..."<sup>20</sup>. La Corte volvió a recordar que la idoneidad de los tratamientos médicos la determina únicamente el criterio médico-científico, y por ello declaró la carencia actual de objeto, en tanto no existía respaldo médico para la solicitud de aplicar un cierto tratamiento al paciente.

Por último, en uno de los varios casos analizados en la sentencia T-427 de 2005, la Corte confirmó la negativa de amparo a una madre que había interpuesto acción de tutela, porque el médico tratante había ordenado la salida del hospital de su hijo menor. Este Tribunal Constitucional consideró que si el médico tratante había optado por la alternativa médica de tratamiento sin hospitalización, y nada hacía pensar que dicha decisión fuera violatoria de los derechos fundamentales del menor, entonces ni la madre ni el juez podían cuestionar el criterio médico-científico que determinó la idoneidad del tratamiento no-hospitalario.

14.- Como se ve, el principio normativo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, a partir del cual se afirma que el juez no puede ordenar ni controvertir con argumentos jurídicos las disposiciones médicas en cuanto a la práctica de tratamientos médicos, tiene como contexto debates sobre la idoneidad de los procedimientos en cuestión. Ello ratifica lo afirmado más arriba respecto de la posición de los médicos como los únicos sujetos que pueden determinar la idoneidad de los tratamientos, mediante

criterios médico-científicos no reemplazables por criterios jurídicos.

Sobre el derecho al diagnóstico. Reiteración de jurisprudencia

15.- De manera reciente, la Corte Constitucional ha venido decantando argumentaciones dirigidos a fundamentar la postura según la cual el derecho a la Salud incluye el derecho a un efectivo diagnóstico<sup>21</sup> 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.”<sup>22</sup>

Consideraciones que a su vez encuentran sustento en la normatividad colombiana, específicamente, 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”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha abierto paso a la consolidación del derecho al diagnóstico como presupuesto de la adecuada prestación del servicio público de atención en salud.<sup>23</sup> En efecto la Corte ha sostenido 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”<sup>24</sup>.

16.- Puestas así las cosas se tiene que, al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud.

En concordancia con lo anterior, en sentencia T-366 de 1999 esta Corporación señaló que la entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado.

Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de fallas en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor.

17.- En este punto, resulta de gran importancia precisar que, en la práctica la garantía efectiva del derecho al diagnóstico se relaciona con dos situaciones específicas. De un lado, la exigencia de que las decisiones judiciales que reconocen prestaciones de servicios en salud estén respaldadas por órdenes médicas, como se expuso en el acápite anterior. Y, del otro, la existencia de fallas en el Sistema de Seguridad Social en salud que afecta la efectiva y eficiente prestación de este servicio, vulnerando con ello los principios de calidad e integralidad del derecho a la salud.

18.- En relación con lo primero, la Corte ha establecido que al reconocimiento por vía de tutela de prestaciones en materia de salud debe mediar entre otros, el requisito de que el médico tratante haya dispuesto previamente la orden del medicamento, tratamiento o insumo, a favor del paciente. Incluso, esta Corporación ha aclarado que por regla general, el médico debe ser un profesional adscrito a la empresa prestadora del servicio de salud, de la cual se reclama el reconocimiento de la prestación en cuestión. Lo anterior, tiene como sustento el hecho de que la orden médica debe corresponder coherentemente al proceso médico que se le adelanta al paciente, además, se busca evitar que los requerimientos en materia de salud en cabeza de un usuario del servicio, carezcan de continuidad en relación con el seguimiento de su estado por parte de la empresa que le debe prestar la atención requerida.

Por ello, la regla general es que si se reclama un determinado servicio de una empresa prestadora de salud, éste debe estar previamente contenido en una orden emitida por un médico adscrito a la entidad; pues, se asume que dicha orden es el resultado del seguimiento del estado de salud del paciente, producto del análisis médico que se le ha adelantado al usuario dentro de la respectiva empresa.

Así mismo, tal y como se explicó en párrafos precedentes, la exigencia de que las ordenes del juez de tutela en relación con el reconocimiento de prestaciones en materia

de salud, estén siempre respaldadas por una orden médica, busca resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y sólo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la pertinencia de un tratamiento médico.

19.- Junto a lo anterior, existen casos en los que el diseño institucional de las empresas que participan en la implementación de la prestación del servicio de salud, no permite dar cuenta de situaciones particulares de los usuarios, ni satisfacer de forma oportuna todas las necesidades de los sujetos pasivos de este servicio. Circunstancias que traen como consecuencia, entre otras, que los usuarios (i) deban someterse a meses de espera para acudir a un especialista, (ii) vean limitadas sus posibilidades de acceder a una o varias opiniones médicas en relación con su estado de salud, y (iii) se encuentren ante situaciones en las que a pesar de necesitar atención de urgencia, no les sea proporcionada debido al largo procedimiento interno que debe desplegarse en la entidad.

Dentro de este contexto, se ven obligados a acudir a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas, tanto por las empresas a las que se encuentran afiliados, como por la misma jurisprudencia en materia de salud. O, se ven también inmersos en situaciones en las que no pueden acceder a una orden médica escrita, sobre todo cuando se trata del reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios de salud.

En estos últimos casos, la Corte ha encontrado de manera reiterada testimonios de los usuarios del servicio de salud, según los cuales los profesionales de la salud sugieren tratamientos, medicamentos y/o exámenes de manera verbal, so pretexto de emitir una sugerencia y no un diagnóstico. Frente a lo cual, si el paciente no encuentra superada su desfavorable situación de salud, no puede exigir jurídicamente el reconocimiento de la prestación sugerida verbalmente por el médico.

De acuerdo con lo anterior, la exigencia del requisito explicado, según el cual la procedencia del reconocimiento por tutela de una prestación en salud debe derivarse de una orden del médico tratante adscrito a la EPS, y por escrito, ha de interpretarse de conformidad con la Constitución. Lo anterior, teniendo en cuenta que existen diversos escenarios dentro de los cuales, es posible evidenciar en muchas ocasiones que la

atención brindada por las entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en salud resulta deficiente, contraria a los intereses de los usuarios.

20.- De esta forma, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud, o que lo se cuente con una orden escrita de un médico, no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tiene el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución.

De igual manera, cuando el usuario no cuenta con una orden médica escrita, pero no ha logrado superar satisfactoriamente alguna patología, le asiste el derecho a que se le diagnostiquen las prestaciones necesarias para conjurar dicha situación. Con ello, se da cuenta de situaciones derivadas de las eventuales fallas en la prestación del servicio, como por ejemplo, que el médico tratante no emita una orden escrita sino verbal; y a la vez se respeta el principio de especialidad<sup>25</sup>, en materia de reconocimiento judicial de prestaciones en salud, según el cual el juez no puede ordenar aquello que previamente no haya sido prescrito por un médico.

Por ello, en los eventos en que exista un diagnóstico de un médico no adscrito a la empresa que presta servicios de salud, o en que no exista una orden escrita de una prestación solicitada por un paciente pero se halle la prescripción médica de que padece una patología, los pacientes tienen derecho a que la respectiva entidad, que es en últimas la que reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si se requiere o no, por su condición de salud, reconocer una prestación. Y, la única manera de responder a ello, es emitir un diagnóstico que de cuenta de aquél que se originó en un médico ajeno a la empresa<sup>26</sup>, o de la necesidad de lo solicitado por el afiliado en relación con su patología.

22.- La segunda razón que sustenta el alcance que en la práctica tiene el derecho al diagnóstico, consisten en que conceder judicialmente la prestación de servicios de salud con base en una orden proveniente de un médico ajeno a la Empresa Promotora de Salud no vulnera el verdadero alcance de la regla general a la que se ha hecho

referencia, dado que, de todas formas se satisface el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que éste labore o no en una determinada empresa<sup>27</sup>

De otro, cuando no existe orden médica escrita, pero sí se ha diagnosticado una patología al paciente, la protección del derecho al diagnóstico implica conseguir de la empresa prestadora del servicio de salud un diagnóstico sobre las prestaciones requeridas para la patología en mención. Luego con ello, tampoco se vulnera el principio jurisprudencial según el cual el juez sólo puede ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud ordenadas por un médico, pues la orden del juez pretende justamente, procurar el mencionado diagnóstico por escrito.

Caso concreto.

23.- La señora Enelcy Contreras Arrieta viene padeciendo hace varios meses de sangrado vaginal, y fue diagnosticada con miomatosis uterina incipiente, micropiliquitosis y probable sangrado disfuncional. A raíz de dichas dolencias acudió a la Clínica Santa María de Sincelejo y fue atendida por el Ginecólogo Guillermo Espinosa Martínez, quien le manifestó verbalmente la urgencia de practicarse el examen HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA, y se abstuvo de realizar la orden médica para el examen en cuestión por escrito, bajo el argumento de que el mismo se encuentra excluido del POS. Le aconsejó igualmente remitirse a la Liga de Lucha contra el cáncer, en donde el examen tenía un valor de \$ 800.000. La señora Contreras interpuso acción de tutela contra COOMEVA EPS, solicitando el reconocimiento del examen por no contar con los medios económicos para asumirlo. Por su lado la EPS respondió que no puede ordenar el reconocimiento del examen en cuestión, pues se encuentra excluido del POS. Alega que la ciudadana puede acudir a las instituciones públicas y las privadas con convenio con el Estado, quienes tienen la obligación de prestar los mencionados servicios cuando un afiliado al Régimen Contributivo requiere servicios adicionales a los incluidos en el POS a causa de su falta de capacidad de pago para asumirlos (art. 28 D.806/98). Además de que las entidades territoriales tienen la obligación de financiar la prestación de estos

servicios en lo no cubierto con subsidios a la demanda (art. 43.2.2 L.715/01). El juez de tutela niega el amparo porque no existe diagnóstico médico escrito que certifique que la demandante requiere el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA.

#### Vulneración de los derechos fundamentales

24.- Sobre lo anterior encuentra la Sala Octava de Revisión, que en el asunto subjuice se ha vulnerado el derecho al diagnóstico de la señora Contreras Arrieta por parte de COOMEVA EPS. Esto, en tanto al momento de la contestación de la demanda de tutela, COOMEVA debió disponer la valoración de la demandante para determinar si el examen por ella solicitado era o no necesario. De igual manera el juez de tutela debió ordenar lo propio. Como quiera que está demostrado en la historia clínica de la paciente, el padecimiento de la patología MIOMATOSIS UTERINA INCIPIENTE, MICROPILQUITOSIS y PROBABLE SANGRADO DISFUNCIONAL (Fl. 8), no puede, en curso del proceso judicial de amparo, analizarse simplemente aspectos formales tales como que el examen solicitado está excluido del POS o que no existe orden escrita que lo prescriba. Ello implica haber hecho caso omiso del problema de fondo del caso, cual es el de determinar si se requiere o no el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA.

En efecto, después de haberse puesto en funcionamiento el aparato judicial, y haber participado COOMEVA EPS en el proceso como demandada, solicitado el juez prueba de la capacidad económica de la demandante y dictado sentencia de mérito; no se sabe aún si la señora requiere el examen en cuestión. Para la Corte Constitucional, lo anterior constituye una perspectiva errada del sentido de la acción de amparo. Sugiere la utilización poco dedicada de un mecanismo constitucional que pretende por sobre todo ser eficaz y efectivo para la protección de los derechos fundamentales.

De un lado, la EPS COOMEVA conoce la jurisprudencia constitucional en materia de salud, tal como lo deja ver en el escrito de contestación de la demanda, y sin embargo se niega a reconocer la posibilidad de autorizar una prestación excluida del POS. La renuencia injustificada de la demandada a considerar en conjunto las reglas jurisprudenciales, le impide atisbar que según los pronunciamientos de esta Corporación hacía falta determinar únicamente, en el caso concreto, si desde el punto de vista médico la

demandante necesita o no el examen.

De otro lado, el juez de tutela ante la posibilidad de ordenar a la demandada la emisión de un diagnóstico sobre la necesidad médica del examen que se ha solicitado, prefiere negar el amparo por dicha razón.

25.- Por las razones expuestas en el acápite pertinente esta Sala no puede ordenar el reconocimiento inmediato del examen solicitado por la ciudadana Contreras Arrieta, pues no existe orden médica en dicho sentido. No obstante la protección en estos casos consiste en lograr la orden médica en mención. Por ello, la Sala ordenará la realización inminente de las valoraciones necesarias por parte del médico tratante o del cuerpo medico que para ello se establezca, encaminadas a determinar por escrito si la patología de la tutelante requiere el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA, y/o otros los exámenes o tratamientos relacionados con la patología en mención. Y, en caso de que la decisión médica sea reconocer la necesidad de este examen o de otros, éstos deberán ser autorizado por COOMEVA EPS. Esto, teniendo en cuenta que la actora manifestó el progresivo deterioro de su salud en razón a no haber podido superar su patología, así como la imposibilidad económica de asumir por su cuenta la realización del examen. Lo cual, no fue desvirtuado ni por la EPS demandada ni por el juez de instancia.

De otro lado, si la conclusión médica es que la paciente demandante no requiere dicho examen, entonces ello deberá manifestarse por escrito, con el fin de que la paciente pueda obtener, por conducto del juez de tutela de instancia, una segunda valoración médica por parte del médico legista de Sincelejo-Sucre. De la anterior diligencia, deberá hacer estricto seguimiento el juez de amparo de instancia. Ahora bien, en caso de que el médico legista considere, en contraposición con lo eventualmente decidido por el cuerpo médico de la EPS COOMEVA, que el examen sí es necesario, la EPS en mención deberá reconocerlo de forma inmediata.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela dictada por el Juzgado tercero (3°) Civil Municipal de Sucre del 06 de junio de 2008, en única instancia.

SEGUNDO.- ORDENAR a COOMEVA EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice las valoraciones médicas necesarias encaminadas a determinar por escrito si la patología de la señora Enelcy Contreras Arrieta requiere el examen denominado HITEROSCOPIA GINECOLÓGICA, y/o otros los exámenes o tratamientos relacionados con dicha patología.

TERCERO.- ORDENAR al Juez tercero (3°) Civil Municipal de Sucre velar por el estricto cumplimiento del numeral anterior; y tomar las medidas que sean necesarias, según el sentido del diagnóstico que emita la EPS COOMEVA en el caso de la referencia, en los precisos términos del fundamento jurídico número 25 de esta sentencia.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Sobre la relevancia constitucional y el alcance de los análisis del juez de tutela en relación con el proceso de decisión de aplicación de un tratamiento o medicamento a un paciente, así como sobre la distinción entre razones de falta de idoneidad de un lado, e inconveniencia de otro, para negar el reconocimiento de éstos, se puede consultar entre otras la sentencia T-234 de 2007.

4 Sentencia T-859 de 2003.

5 Ley 1122 de 2007: “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter

ejecutivo o acciones de carácter penal. Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

6 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

7 SU-337 de 1999

8 T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004.

9 T-569 de 2005

10 T-427 de 2005

11 T-1325 de 2001, reiterada en la T- 427 de 2005, entre otras.

12 [Énfasis fuera de texto] T-398 de 2004

13 [Cita del aparte transcrito] M.P. Rodrigo Escobar Gil

14 [Cita del aparte transcrito] Sentencia T-179 de 2000

15 T-059 de 1999.

16 [Énfasis fuera de texto] T-059 de 1999. Fundamento Jurídico número 8

17 T-597 de 2001: “Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación (...) [Así], las evaluaciones de los procedimientos médicos debe hacerse a partir de un criterio científico especializado en acreditación, que cuente con los conocimientos necesarios para hacerlas, a partir de estándares médicamente aceptables. Dentro de la ciencia médica, la evaluación de procedimientos clínicos corresponde a los epidemiólogos clínicos. Son estos especialistas quienes están en

capacidad de evaluar si determinado procedimiento es experimental o está reconocido como un procedimiento terapéutico.”

18 *Ibíd.* Numeral cuarto de la parte resolutive

19 T-1325 de 2001. Numeral segundo de la parte resolutive.

20 T-398 de 2004. Fundamento jurídico número 3.

21 Ver Sentencia T-364 de 2003.

22 Sentencia T-366 de 1999.

23 Ver Sentencia T-849 de 2001.

24 Ver sentencia T-232 de 2004

25 Fundamento jurídico número 12 de esta sentencia.

26 En algunos casos, el problema puede versar justamente sobre la dificultad médica de emitir un diagnóstico. La Corte ha sostenido, que en estos casos no resulta inoperante el derecho al diagnóstico, pues, lo que se garantiza en ellos, es el despliegue de todas aquellas actividades necesarias para que se haga posible el diagnóstico en cuestión. Ver T-583 de 2007: “...esto no quiere decir que en casos en los que desde el punto de vista médico resulte difícil brindar un diagnóstico concreto del estado de salud de un(a) paciente, no se pueda reconocer la prestación integral del servicio de salud. En estos casos es igualmente posible exigir, que la orden del juez de tutela sea determinable, por ejemplo en sentido de reconocer el conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o que se logre dicha determinación por cualquier otro criterio razonable.”

27 En concordancia con lo expresado, en tiempos recientes la Corte Constitucional, mediante sentencia T-1080 de 2007 determinó la procedencia del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud, consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Los fundamentos para ello, se centraron

principalmente en que la Entidad demandada había tenido la oportunidad dentro del proceso de tutela de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que, es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un medico externo, sí ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo. La anterior decisión encontró sustento además, en el derecho al diagnostico tal y como se explicó en los párrafos precedentes.