

Sentencia T-1061/07

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Es requisito que el medicamento o tratamiento esté determinado por el médico tratante

ACCION DE TUTELA-No es válida la orden médica expedida por un médico particular para obligar a una EPS o ARS

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto la actora ha recibido parcialmente el tratamiento por los médicos adscritos a la EPS y se enviará a consulta neurológica con una IPS

ACCION DE TUTELA-Orden que si el tratamiento no es cumplido la peticionaria puede presentar otra tutela sin que ello constituya temeridad

Si el tratamiento que se prescriba está excluido del POS, o por cualquier otra razón no científica le es negado, podrá la demandante presentar otra acción de tutela, sin que ello pueda tildarse de temeridad, en la medida en que una eventual conculcación de determinado derecho fundamental emerja de los hechos subsiguientes y se cumplan los requisitos respectivos.

Referencia: expediente T-1694703

Acción de tutela instaurada por Mónica Cecilia Otálvaro Mejía, contra el Seguro Social, seccional Antioquia.

Procedencia: Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Mónica Cecilia Otálvaro Mejía, en contra del Seguro Social, seccional Antioquia.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo dicho Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 9 de la Corte, el día 7 de septiembre de 2007 escogió, para efectos de su revisión, el presente proceso.

### I. ANTECEDENTES.

#### 1. Hechos y relato contenido en la demanda.

La demandante, de 42 años de edad, se encuentra afiliada al Seguro Social EPS. Padece de epilepsia desde que tenía 19 años, razón por la cual ha vivido en constante tratamiento médico con diversos medicamentos anticonvulsivos, denominados fenobarbital, misoline y carbamacepina.

Señala que desde hace un tiempo empezó a padecer ausencias y sensaciones extrañas en su cabeza, que el médico del Seguro Social diagnosticó como depresión, recomendándole el suministro de carbamacepina y 2 fluoxetinas al día. Sobre este último medicamento, ella le comentó al galeno que lo había tomado antes, pero no le proporciona mejoría, por el contrario afirmó: “me pone más mal” (f. 2), pero el médico hizo caso omiso a su comentario.

En consecuencia, por presentar diferentes situaciones de crisis, decidió pedir cita particular en el Instituto Neurológico de Antioquia. El médico de esa institución le recomendó continuar con la carbamacepina y tomar topiramato de 100 o 25 mg. Igualmente, solicitó la práctica de un electroencefalograma y una resonancia nuclear magnética de cerebro (f. 10).

Afirma la demandante que compró el topiramato, con el cual se sintió mejor, mas no pudo seguir sufragándolo, razón por la cual pidió nuevamente cita al Seguro Social, pero el médico de la entidad volvió a recetarle carbamacepina y una fluoxetina, recomendándole no salir sola a la calle.

Para la actora, el Seguro Social vulnera sus derechos, por cuanto no da una solución concreta a su situación; agrega que es madre de dos hijos, no puede encerrarse y el medicamento recetado hace que siempre esté inactiva y con mucho sueño.

## 2. Actuación procesal.

El reparto correspondió al Juzgado Trece Penal del Circuito, que mediante auto de mayo 11 de 2007 admitió la demanda y solicitó a la entidad demandada que en el término de tres días informe por duplicado todo lo relacionado por la actora en la acción de tutela.

## 3. Respuesta del apoderado del Seguro Social EPS.

El apoderado del Seguro Social mediante oficio de mayo 25 de 2007, solicitó al Juez de tutela que sea negada la acción, por carencia actual del objeto.

Informó que “no procede la autorización de la resonancia magnética de cerebro y el electroencefalograma convencional ya que, los mismos no fueron autorizados por un médico adscrito a la EPS ISS. Sin embargo, se le autorizaron los procedimientos, consulta neurología para la IPS Salud Para Todos, para que sea este especialista quien determine el procedimiento a seguir” (f. 24).

Sobre el suministro del medicamento topiromato requerido por la paciente, explicó que como se trata de un medicamento no POS, el especialista del Seguro Social deberá solicitar y justificar ante el Comité Técnico Científico, la necesidad del medicamento, para proceder a su estudio y autorización.

Finalmente, pidió que no se conceda el tratamiento integral, puesto que un fallo de tutela no puede ir mas allá de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, solicitando que en caso contrario, se permita repetir contra el Fosyga por los gastos que se encuentren fuera del POS.

## 4. Sentencia única de instancia.

En su decisión, citó algunos pronunciamientos emitidos por esta Corte, señalando que la exigencia del médico adscrito se convierte en uno de los requisitos esenciales para hallar la atención en salud por parte de las EPS. Asimismo, tuvo en cuenta que el Seguro Social

autorizó la evaluación médica por neurología, a fin de que se determine el procedimiento a seguir.

En consecuencia, concluyó que “si los jueces muy poco saben de la enfermedad que nos ocupa y si tampoco existe la orden expresa de especialistas en la materia adscritos a la EPS Seguro Social, no resulta correcto expedir una orden como la reclamada por la accionante porque ello constituiría un acto de mera irresponsabilidad” (f. 22).

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### Primera. Competencia.

La Corte es competente para conocer esta demanda, en Sala de Revisión, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Segunda. Lo que se debate.

La demandante solicita le sean protegidos sus derechos a la salud, vida y seguridad social, por cuanto padece de epilepsia y los medicamentos prescritos por la EPS no le proporcionan mejoría. En consecuencia, solicita al juez de tutela que ordene a la entidad demandada el suministro de otros medicamentos, así como la práctica de unos exámenes, que fueron ordenados por un médico particular.

Tercera. La orden expedida por un médico particular no vinculado a la EPS o ARS a la que se encuentra afiliado el peticionario, hace improcedente la acción de tutela.

De manera reiterada, la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que no es válida para efectos de obligar a una EPS o ARS, la orden médica expedida por un médico particular no vinculado a la misma. Al respecto la sentencia T-617 de agosto 3 de 2006, proferida por la Sala Primera de Revisión<sup>1</sup> de la Corte señaló:

“... la ordenación prescrita por el médico tratante, resulta suficiente para considerar la importancia que la medicina prescrita por el facultativo resulta la herramienta adecuada para evitar una seria amenaza contra la vida, la salud y la integridad de la paciente; no de otra forma se explica la intervención del galeno. Recordemos que para ello, el artículo 26 de la

Carta estableció la discrecionalidad del Legislador para exigir títulos de idoneidad, situación que apenas brota como natural tratándose de los profesionales a quienes les corresponde el cuidado de la salud y en general sobre quienes recae la obligación de hacerles frente a las contingencias respecto a la enfermedad, la vejez y la muerte.

El literal 11 del artículo 4º del decreto 1938 de 1994, por virtud del cual se establecen los lineamientos del Plan de Atención Básica en salud, define el tratamiento como ‘todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo’.

Así, con relación a la necesidad de que el tratamiento o en general cualquier asistencia que requiera el paciente, la ordene el médico tratante adscrito a la EPS, por ser el indicado y el legalmente legitimado para el efecto, ha sido ello un punto pacífico en la jurisprudencia constitucional, como lo demuestra un recorrido por los pronunciamientos de esta Corporación.

El médico tratante, ha entendido este Tribunal, es el profesional vinculado a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del galeno que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.”

Dentro de este contexto, es claro que reiteradamente la jurisprudencia de esta corporación ha protegido los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de quien acude en tutela, cuando tales derechos son desconocidos por las entidades prestadoras del servicio de salud, señalando que en algunos casos se llega a afectar inclusive la dignidad humana de sus afiliados y beneficiarios, pero, de la misma manera, la Corte ha sido respetuosa de la estructura existente en la prestación del servicio de salud, sea por entes públicos o privados, atendiendo que la orden médica cuyo cumplimiento se solicita provenga de médico adscrito a la respectiva institución, en cuanto asume que cada entidad contrata profesionales idóneos para evaluar, revisar y prescribir el tratamiento o medicamento que, de conformidad con sus conocimientos, considere más apropiado para tratar la enfermedad de quien acude ante él.

Una opción, donde se atiende lo antes expresado sin alterar las condiciones de ese sistema

general y el respeto a los procedimientos que lo regulan, puede hallarse, en esos especiales eventos, en sugerir a la EPS o ARS de que se trate, evaluación por el médico adscrito a la entidad siguiendo las recomendaciones hechas por el médico particular al cual el peticionario acudió.

Cuarto. Análisis del asunto concreto.

Con fundamento en lo anterior debe examinarse el presente asunto, donde la actora solicita, precisamente, el suministro de medicamentos y procedimientos ordenados por un médico ajeno a la EPS a la que se encuentra afiliada.

Como se anotó, en principio no le es dado al Juez de tutela obligar a una EPS o ARS, a asumir un tratamiento que ha sido prescrito por un médico particular no vinculado a la misma, pues esta situación constituye un requisito esencial para que proceda la acción impetrada.

En el caso concreto, la actora ha obtenido parcialmente la atención requerida del ISS EPS, donde se encuentra afiliada, pese a lo cual tuvo que acudir a una cita particular en el Instituto Neurológico de Antioquia y subsiste desacuerdo, que le lleva a señalar que “el seguro social no quiere hacer nada” (f. 3). En el trámite de la acción esa entidad informó al Juez de instancia que “no procede la autorización de la resonancia magnética y el encefalograma convencional, ya que los mismos no fueron autorizados por un médico adscrito a la EPS ISS”, pero sí le autorizaron la consulta neurológica en una IPS, “para que sea este especialista quien determine el procedimiento a seguir” (f. 24).

Por tanto puede afirmarse, como lo hizo el Juez de instancia, cuya decisión será confirmada por las razones expuestas en este fallo, que de momento no existe vulneración de los derechos fundamentales aducidos, pues la actora ha recibido el tratamiento prescrito por los médicos adscritos a la EPS, aparte de que podría acceder a lo que le indicaron particularmente si a ello conduce la evaluación neurológica antes referida.

Es pertinente aclarar que si el tratamiento que a raíz de lo anterior se prescriba está excluido del POS, o por cualquier otra razón no científica le es negado, podrá la demandante presentar otra acción de tutela, sin que ello pueda tildarse de temeridad, en la medida en que una eventual conculcación de determinado derecho fundamental emerja de los hechos subsiguientes y se cumplan los requisitos respectivos.

### III. 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: CONFIRMAR el fallo de mayo 28 de 2007, proferido por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, por medio del cual se negó la tutela solicitada por la señora Mónica Cecilia Otálvaro Mejía, contra el Seguro Social EPS.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-1061 DE 2007

DERECHO A LA SALUD-Elementos que lo garantiza (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-El requisito de que el tratamiento esté determinado por el médico tratante depende de que el accionante estuviere recibiendo una adecuada atención médica (Salvamento de voto)

El juez de tutela ha de tener en cuenta que la exigencia de adscripción del médico tratante parte de una condición indispensable, sin la cual desaparece el fundamento por el cual aquella se convierte en un requisito legítimo, la cual consiste en que la entidad de seguridad social debe garantizar que la prestación del servicio de salud resulta adecuada de acuerdo a los estrictos parámetros señalados en la ley de seguridad social y, de manera preponderante, en el texto constitucional. corresponde al juez de tutela, y en sede de revisión a la Corte Constitucional, analizar de manera general el contexto fáctico que rodea la solicitud de tutela para efectos de establecer si, a la luz de los principios vertidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, el accionante se encontraba recibiendo una atención médica adecuada, pues de no ser así el fundamento que permite a la entidad oponerse a dichas prestaciones, bajo el argumento de la adscripción, desaparece; con lo cual se espera del operador jurídico la realización de un esfuerzo probatorio encaminado a determinar la necesidad médica de la prestación reclamada.

DERECHO A LA SALUD-Caso en que el examen no fue ordenado por un médico adscrito a la EPS, pero se ordena su práctica por cuanto conceptos médicos que obran en expediente coinciden en que es necesario (Salvamento de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Aplicación del precedente establecido en la sentencia T-1041 de 2006 (Salvamento de voto)

En la sentencia T-1041 se resolvió una acción de tutela mediante la cual una accionante solicitaba la práctica de un examen ordenado por un médico que no cumplía el requisito de adscripción. En tal ocasión la Sala se encontraba ante una situación caracterizada por los siguientes elementos, los cuales coinciden plenamente con los que rodean la acción interpuesta ahora por la accionante: (i) en primer lugar, existía una oposición de criterios técnicos, pues a juicio del médico particular la atención del padecimiento requería la práctica de un examen al cual se negaba la entidad particular. (ii) En segundo término, la dolencia de la accionante no había sido finalmente atendida, al punto que tal circunstancia, como ocurrió en esta oportunidad, la habría obligado a acudir a obtener un servicio médico privado, para lo

cual debió realizar alguna erogación patrimonial que hubiera podido evitar de continuar el tratamiento ofrecido por su EPS, lo cual denota hasta cierto punto la gravedad de la situación. En esta oportunidad la Sala Sexta de Revisión se encontraba llamada a aplicar el precedente establecido en la sentencia en comento para resolver la acción de tutela interpuesta por la accionante.

CORTE CONSTITUCIONAL-Debió hacer uso de las facultades probatorias para determinar la necesidad del tratamiento prescrito por un médico particular especializado en epilepsia (Salvamento de voto)

De acuerdo a lo anterior, no cabe duda que la acción interpuesta por la Ciudadana plantaba un escenario de seria perplejidad respecto de la idoneidad del tratamiento médico ofrecido por la entidad demandada y, particularmente, sobre la necesidad de garantizar la provisión del medicamento y de la realización de los exámenes requeridos. Así las cosas, la Sala debió hacer uso de las facultades probatorias conferidas para efectos de determinar con certeza su necesidad y conveniencia, en vez de descartar de plano la pretensión con fundamento en un argumento cuya legitimidad en el caso concreto, debido a las circunstancias señaladas, resultaba cuestionable. El criterio del médico particular que emitió la orden debió ser considerado con mayor atención por la Sala en la medida en que éste provenía de una institución especializada en el tratamiento de la epilepsia, dolencia padecida por la Ciudadana. Tal circunstancia, aunada a los eventuales resultados que hubiera arrojado la aludida actividad probatoria, hubieran permitido adoptar una decisión judicial basada en criterios médicos atendibles en los cuales se hubiera valorado con el experticio requerido el estado de salud de la paciente.

Referencia: expediente T-1.694.703

Acción de tutela instaurada por Mónica Cecilia Otálvaro Mejía, contra el Seguro Social, seccional Antioquia.

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, presento a continuación los argumentos por los cuales me aparto de la fundamentación ofrecida por la Sala Sexta de Revisión a la presente providencia y, a su vez, del alcance de la

decisión finalmente acogida, la cual consistió en confirmar la sentencia de instancia que había negado el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social de la accionante.

Con el objetivo de adelantar dicha exposición es necesario volver sobre los argumentos por los cuales la Sala consideró que la pretensión de amparo no se encontraba llamada a proceder, para luego avanzar en el examen de los fundamentos jurisprudenciales que, a mi juicio, no fueron tenidos en cuenta al momento de la formación de la opinión mayoritaria de los Magistrados. En tal sentido, resulta oportuno tener en cuenta el siguiente aparte, extraído de la providencia de la cual ahora suscribo el presente voto disidente, en el cual se resume el problema fáctico que pretendía ser resuelto mediante la iniciación de la acción de tutela por parte de la Ciudadana: “En el caso concreto, la actora ha obtenido parcialmente la atención requerida del ISS EPS donde se encuentra afiliada, pese a lo cual tuvo que acudir a una cita particular en el Instituto Neurológico de Antioquia y subsiste desacuerdo, que le lleva a señalar que “el seguro social no quiere hacer nada” (f.3). En el trámite de la acción esa entidad informó al Juez de instancia que “no procede la autorización de la resonancia magnética y el encefalograma convencional, ya que los mismos no fueron autorizados por un médico adscrito a la EPS ISS”, pero sí le autorizaron la consulta neurológica en una IPS, “para que sea este especialista quien determine el procedimiento a seguir”<sup>2</sup>.

Con el propósito de resolver la controversia planteada, la Sala llevó a cabo una reiteración jurisprudencial del precedente establecido en sentencia T-617 de 2006, en el cual la Sala Primera de Revisión de esta Corporación se pronunció sobre el requisito jurisprudencial establecido para decidir la inaplicación de las disposiciones que establecen el contenido del Plan Obligatorio de Salud -POS-; consistente en exigir que la orden médica mediante la cual se solicita la provisión de un medicamento o práctica de un determinado procedimiento debe haber sido expedida por un médico tratante “vinculado a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente”<sup>3</sup> A continuación en la misma providencia se indicó lo siguiente: “De no provenir la prescripción del galeno que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos determinados por médicos particulares”.

Con fundamento en tal precedente la Sala resolvió confirmar el fallo de primera instancia en el cual había sido negado el amparo de los derechos fundamentales de la Ciudadana pues la

orden médica que había sido puesta a consideración del juez de tutela para reclamar la provisión del medicamento topiramato y la práctica de “un encefalograma y una resonancia nuclear magnética de cerebro”<sup>4</sup> no provenía de un médico adscrito a la red de profesionales de la salud dispuesta por la entidad encargada de asegurar la prestación del servicio, sino que había sido suscrita por un galeno perteneciente al Instituto Neurológico de Antioquia. En tal sentido, dado que no se acreditó el cumplimiento de dicho requisito, se negó la protección requerida por la accionante.

Ahora bien, una vez ha sido concluido el relato del panorama fáctico y del fundamento jurídico por el cual la Sala de Revisión adoptó la decisión señalada, procedo a indicar los siguientes argumentos que a mi juicio debieron ser tenidos en cuenta por la Sala, los cuales, de haber sido considerados, habrían llevado de manera forzosa a la adopción de una decisión sustancialmente diferente debido a la inocultable acreditación de la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la Ciudadana.

Tal como ha sido señalado en líneas anteriores el fundamento central –la ratio decidendi– por el cual la Sala negó el amparo deprecado por la Ciudadana consiste en que la orden médica sobre la cual, en últimas, se apoyaba la solicitud de protección de sus derechos fundamentales no había sido emitida por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encontraba vinculada. Si bien la exigencia de dicho requisito es uno de los precedentes más sólidos dentro de la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup>, tal constatación no autoriza una aplicación inopinada, por completo ajena a las circunstancias del caso concreto, de dicha regla jurisprudencial, pues, tal como lo enseñan recientes pronunciamientos de esta Corporación, frente a determinados casos concretos el juez de tutela se encuentra llamado a examinar con algún grado de flexibilidad tal requisito con el objetivo de lograr una efectiva protección de garantías iusfundamentales que pueden resultar comprometidas de llevar a cabo una aplicación automática e irreflexiva de dicha exigencia.

Como ha sido señalado en abundante jurisprudencia, además de las prestaciones médico asistenciales que se encuentran incluidas en el POS, de manera genérica el Sistema de seguridad social se encuentra obligado a procurar aquellos servicios que no se hallan contenidos en dicho Plan cuando quiera que en la situación de un determinado usuario del sistema coincidan los siguientes factores, los cuales dejan ver la urgencia de ofrecer tales prestaciones en aras de conjurar una inminente violación de derechos fundamentales:

1. Que la falta del medicamento, tratamiento o servicio médico excluido amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado; garantías que se encuentran comprometidas no sólo cuando existe riesgo inminente de muerte, sino adicionalmente cuando dicha omisión pueda llegar a alterar las condiciones de existencia digna del Ciudadano.
2. Que el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad en comparación a la prestación incluida en el plan.
3. Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera.
4. Que el servicio médico requerido haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual se encuentre afiliado el accionante.

En esta oportunidad interesa resaltar el alcance de la última exigencia descrita, según la cual es menester que la orden de servicios médicos haya sido emitida por un profesional de la salud vinculado a la entidad de seguridad social encargada de la prestación de dicho servicio. Al examinar con algún detalle el propósito que inspira la consagración de esta exigencia se observa que, de acuerdo a un planteamiento teleológico de la cuestión, el requisito garantiza que este tipo de prescripciones sean el resultado de una evolución del proceso médico en el cual el galeno que ha acompañado el desarrollo de una dolencia es, precisamente, quien determina cuáles han de ser los procedimientos que deben ser llevados a cabo para el adecuado tratamiento del paciente.

De igual manera, en la medida en que uno de los signos característicos del sistema de seguridad social se halla en el principio de libre escogencia de la entidad responsable de la prestación de servicios, la exigencia bajo estudio es consecuencia de la elección previa que ha hecho el paciente al optar por una determinada Empresa Promotora de Salud, la cual pone a su disposición un conjunto de IPS y, al mismo tiempo, una red de profesionales de la salud encargados de brindar la atención requerida. De acuerdo a lo anterior, no existen razones atendibles por las cuales, en principio, deban ser consideradas órdenes suscritas por médicos

que no se encuentran adscritos a tales entidades pues en el momento en que el paciente opta por una determinada EPS manifiesta, adicionalmente, su interés por recibir atención médica del cuerpo de profesionales que ésta ofrece. Por tal razón no constituiría una exigencia legítima sobre tal entidad el imponer órdenes provenientes de médicos que no se encuentran vinculados a ésta. Ahora bien, además de las dos razones anteriormente expuestas se observa que por esta vía se garantiza que el sistema no sea defraudado al ser forzado a acatar órdenes médicas que no resultan objetivamente necesarias -de acuerdo a los fines y propósitos que recorren la totalidad del sistema- y de tal manera se evita un improductivo desgaste presupuestal.

Desde la perspectiva propia de la administración de justicia, cabe resaltar la enorme importancia que adquiere este requisito una vez determinada controversia ha sido puesta en conocimiento de la jurisdicción constitucional, pues la decisión que habrá de ser adoptada debe encontrar respaldo, de manera ineludible, en un dictamen médico en la medida en que la solución de tales casos requiere un experticio particular que permita determinar la necesidad y urgencia de la prestación médica reclamada. En su condición de juez, el operador judicial carece de los elementos técnicos que de suyo permitan adoptar decisiones que redunden en una recuperación de la salud, razón por la cual, en todo caso, las autoridades judiciales se encuentran obligadas a acudir a un criterio médico confiable para asegurar que las decisiones emitidas en sede de tutela de manera efectiva conduzcan a una efectiva protección de derechos fundamentales.

De acuerdo a las consideraciones anteriormente descritas, la oponibilidad de este requisito a los usuarios del sistema no puede ser comprendida como una exigencia axiomática sin ningún tipo de fundamento o propósito anclado en el texto constitucional al cual se encuentre subordinado. En estos términos, su aplicación debe atender los objetivos reseñados y, en todo caso, exige del operador judicial algún nivel de ponderación que garantice su avenencia con los principios consignados en la Constitución Nacional, pues su ejecución automática e irreflexiva conduce a escenarios, como el contemplado en esta oportunidad, en los cuales la acreditada infracción de un derecho fundamental no es finalmente remediada debido a la omisión de dicho examen.

Así las cosas, el juez de tutela ha de tener en cuenta que la exigencia de adscripción del médico tratante parte de una condición indispensable, sin la cual desaparece el fundamento

por el cual aquella se convierte en un requisito legítimo, la cual consiste en que la entidad de seguridad social debe garantizar que la prestación del servicio de salud resulta adecuada de acuerdo a los estrictos parámetros señalados en la ley de seguridad social y, de manera preponderante, en el texto constitucional. Sólo una prestación de tales calidades justifica la oposición planteada por las Empresas Promotoras de Salud pues de otra forma el establecimiento de este tipo de requisitos concluiría en la creación de barreras insuperables para los Ciudadanos, quienes a pesar de no contar con un aceptable servicio de salud tendrían que someterse de manera exclusiva a los dictámenes de tales entidades sin lograr vías alternativas que conlleven a una atención adecuada, que es finalmente la que debe ser asegurada por el sistema de seguridad social.

Ahora bien, al punto de establecer los parámetros dentro de los cuales debe ser prestado el servicio de salud, resulta pertinente volver sobre el contenido de la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el alcance del “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Al respecto, en sentencia T-016 de 2007, esta Corporación señaló lo siguiente:

6.- Por medio de la Observación General 14 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó, por lo demás, que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad del derecho a la salud. Estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

(i) Disponibilidad, esto es, la presencia del “número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.” El Comité admite que la naturaleza misma de estos establecimientos, bienes y servicios puede estar determinada por diferentes factores dentro de los cuales se cuenta también el nivel de desarrollo del Estado Parte. Subraya, sin embargo, cuáles son los servicios básicos de salud que deben ser incluidos con independencia de ese nivel de desarrollo. Al respecto, indica lo siguiente: “Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos

esenciales de la OMS6.”

(ii) Accesibilidad, es decir, que las personas puedan ingresar a los establecimientos de salud y hacer uso efectivo de los bienes y servicios de salud sin que se presente ningún tipo de discriminación. A juicio del Comité, lo anterior supone asegurar, de una parte, que los sectores más vulnerables y marginados de la población no sean discriminados respecto de su posibilidad de hacer uso de los establecimientos, bienes y servicios de salud. Toda suerte de discriminación – sea ella de género, origen, raza o condición social, cultural o económica – queda terminantemente prohibida. En opinión del Comité, la accesibilidad implica, de otra parte, garantizar el acceso físico en el sentido de procurar las condiciones para que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todas las personas con independencia del lugar geográfico que habiten. Con ello se trata de proteger de manera especial a sectores vulnerables o marginados tales como “las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños [y las niñas], [las y] los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades7.”

La accesibilidad conlleva asimismo a establecer condiciones por medio de las cuales se haga factible el acceso a la salud de quienes carecen de los suficientes recursos económicos para tales efectos. Así, “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos8.” (Subrayas fuera del texto original).

La accesibilidad comporta, del mismo modo, el derecho a estar informados en forma suficiente sobre los establecimientos, bienes y servicios de salud y, en tal sentido, a “solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la

salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad<sup>9</sup>.”

(iii) Aceptabilidad. Este requisito se cumple, según el Comité, cuando los establecimientos actúan y los bienes y servicios se prestan de manera que se asegure el respeto por la ética médica y por las diferencias culturales, esto es, cuando se obre bajo cánones “respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida,” y se conciban los servicios de tal modo que garanticen, en forma simultánea, el respeto por el principio de confidencialidad.

(iv) Calidad. De conformidad con lo establecido por el Comité en la Observación General 14, los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas<sup>10</sup>.” (Subrayas fuera del texto original).

Muestra de dicho deber se encuentra en la sentencia T-1041 de 2006, en la cual la Sala Séptima de Revisión resolvió una acción de tutela mediante la cual una accionante solicitaba la práctica de un examen ordenado por un médico que no cumplía el requisito de adscripción. En tal oportunidad, la Ciudadana había acudido a un médico particular debido a que el tratamiento ofrecido por la Empresa Promotora de Salud había sido infructífero por lo que la dolencia continuaba; circunstancia a la cual debe agregarse que, según el escrito de demanda y la orden médica sobre la cual éste se apoyaba, dicho padecimiento podía ser remediado atendiendo las prescripciones demandadas por vía de tutela. De acuerdo a tal planteamiento, el problema jurídico de fondo planteado a la Corte en tal ocasión consistía en determinar la legitimidad de la imposición de estas órdenes a entidades del sistema de seguridad social a pesar de que éstas se encontraran prestando de manera efectiva el servicio de salud al paciente que eleva la reclamación.

Así las cosas, en tal ocasión la Sala se encontraba ante una situación caracterizada por los siguientes elementos, los cuales coinciden plenamente con los que rodean la acción interpuesta ahora por la Ciudadana Otálvaro Mejía: (i) en primer lugar, existía una oposición de criterios técnicos, pues a juicio del médico particular la atención del padecimiento

requería la práctica de un examen<sup>12</sup> al cual se negaba la entidad particular. (ii) En segundo término, la dolencia de la accionante no había sido finalmente atendida, al punto que tal circunstancia, como ocurrió en esta oportunidad, la habría obligado a acudir a obtener un servicio médico privado, para lo cual debió realizar alguna erogación patrimonial que hubiera podido evitar de continuar el tratamiento ofrecido por su EPS, lo cual denota hasta cierto punto la gravedad de la situación.

Ante dicho dilema la Corte optó por desplegar sus facultades probatorias pues, ante el hecho objetivo según el cual el estado de salud de la Ciudadana no obtenía mejora alguna como consecuencia del tratamiento ofrecido por la entidad demanda, resultaba imprescindible determinar la necesidad de la realización de dicho examen. De tal manera, luego de consultar el criterio del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Asociación Colombiana de Otorrinolaringología, Cirugía de Cabeza y cuello maxilofacial y varias facultades de medicina<sup>13</sup>, la Sala concluyó que el examen reclamado era “urgente y necesario” para la adecuada atención del padecimiento de la accionante, razón por la cual concedió amparo a su derecho fundamental a la salud y ordenó como medida de protección la práctica del examen mencionado.

Ahora bien, en esta oportunidad la Sala Sexta de Revisión se encontraba llamada a aplicar el precedente establecido en la sentencia en comento para resolver la acción de tutela interpuesta por la Ciudadana Otálvaro Mejía pues, en el caso concreto, la aplicación automática del requisito de adscripción del médico tratante, indiferente a las circunstancias particulares propuestas en la demanda, ha conducido a que la solicitud de amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social sea negada, con lo cual aquella deberá continuar el tratamiento ofrecido por la entidad demandada, cuya idoneidad no sólo no ha sido acreditada sino que ha sido fuertemente refutada de acuerdo a los medios probatorios reunidos durante el trámite de la acción: así, la Corte desconoció el alcance de la afirmación realizada por la accionante, según la cual el medicamento fluoxetina no le produce mejoría alguna sino que, en palabras de ésta, al contrario “me pone más mal” (f. 2). Igualmente, ignoró la aseveración contenida en el escrito de demanda la cual señala que se vio en la necesidad de acudir al Instituto Neurológico de Antioquia debido a que el tratamiento ofrecido por la entidad demandada no estaba ofreciendo resultados aceptables debido a los efectos secundarios de la medicina –episodios de ausencias mentales y letargo permanente-, los cuales, según el escrito de demanda, desaparecieron durante el lapso en el

cual la accionante logró reunir los recursos necesarios para sufragar el costo del medicamento topiramato.

De acuerdo a lo anterior, no cabe duda que la acción interpuesta por la Ciudadana plantaba un escenario de seria perplejidad respecto de la idoneidad del tratamiento médico ofrecido por la entidad demandada y, particularmente, sobre la necesidad de garantizar la provisión del medicamento y de la realización de los exámenes requeridos. Así las cosas, la Sala debió hacer uso de las facultades probatorias conferidas para efectos de determinar con certeza su necesidad y conveniencia, en vez de descartar de plano la pretensión con fundamento en un argumento cuya legitimidad en el caso concreto, debido a las circunstancias señaladas, resultaba cuestionable.

Para terminar, no sobra advertir que el criterio del médico particular que emitió la orden debió ser considerado con mayor atención por la Sala en la medida en que éste provenía de una institución especializada en el tratamiento de la epilepsia, dolencia padecida por la Ciudadana -se trataba, específicamente, del Instituto Neurológico de Antioquia-. Tal circunstancia, aunada a los eventuales resultados que hubiera arrojado la aludida actividad probatoria, hubieran permitido adoptar una decisión judicial basada en criterios médicos atendibles en los cuales se hubiera valorado con el experticio requerido el estado de salud de la paciente.

En estos términos dejo expuestas las razones que me llevaron a apartarme de la decisión adoptada por la mayoría de los miembros de la Sala Sexta de Revisión.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Entonces Integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería (ponente), Nilson Pinilla Pinilla y Manuel José Cepeda Espinosa.

2 Vid supra, fundamento cuatro

3 Sentencia T-617 de 2006

4 Vid supra antecedentes

5 Sentencias T-765 de 2004, T-399 de 2004, T-828 de 2004, T-740 de 2005, T-835 de 2005, T-254 de 2005, T-026 de 2007, T-1238 de 2005, T-1233 de 2004, T-419 de 2005, entre otras.

6 Ibíd.

7 Ibíd.

8 Ibíd.

9 Ibíd.

10 Ibíd.

11 Resulta oportuno señalar que en estos eventos no necesariamente han de presentarse todos los elementos que, por vía de ejemplo, han sido señalados por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo sobre la falla del servicio, pues además de ser éste un asunto por completo ajeno al juez de tutela, la decisión sobre la eventual violación de derechos fundamentales que por esta vía pretende ser conjurada no permite al operador jurídico detenerse en el examen riguroso sobre la violación de obligaciones específicas por parte del galeno o de la entidad a la cual éste presta sus servicios.

12 En dicha oportunidad se trataba de una estroboscopia laríngea.