

Sentencia T-1131/04

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHO A LA SALUD-Trasplante simultáneo de riñón y corazón/JUEZ DE TUTELA-No es competente para ordenar tratamientos médicos

Las decisiones que pueda tomar el juez de tutela en materia de salud, prestación de servicios médicos, práctica de tratamientos y demás servicios de este tipo, deben estar sustentadas y avaladas por conceptos médicos y especializados que le permitan al fallador evaluar de manera juiciosa y ponderada la situación real del afectado. La jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver cómo no es facultad del juez constitucional indicar el tratamiento médico que debe serle practicado a un paciente, ni determinar el momento en que debe suspenderse, y ha insistido en que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por los “médicos tratantes”, dado que son sólo ellos quienes, por tener los conocimientos de los que carece el juez, pueden determinar si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Trasplante simultáneo

El consentimiento informado ha sido concebido como un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* y por lo tanto un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Es una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina y hoy tiene la categoría de derecho fundamental. Encuentra su fundamento, como se deriva de la jurisprudencia de esta Corporación en la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo en la libertad, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Es igualmente consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Es un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y en consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

TEORIA DE LA INFORMACION-Trasplante simultáneo

La información es la otra cara del consentimiento informado, que ha sido tratada igualmente por la jurisprudencia de esta Corporación como una exigencia de toda actuación terapéutica y requisito previo a todo consentimiento, con el objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad con el plan médico de manera efectiva, y no viciada por una información sesgada o inexacta. De manera general pues, el médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir en forma razonable en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma, los medios y el fin el tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico, y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios. Ello, porque el consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado. El paciente tiene que saber lo que consiente (*nihil volitum quem praecognitum nada es querido si antes no es conocido*), esto es, el motivo de la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento, lo que en modo alguno significa, una lección magistral sobre el tema, para la que obviamente, el enfermo quizás, no se encuentre, a priori, preparado. Ahora bien, lo importante a la hora de precisar el consentimiento, previa la correspondiente información, es determinar el contenido y los límites de ese consentimiento informado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales a priori, dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado.

DEBER DE INFORMACION DEL MEDICO-Criterios que deben ser considerados

La doctrina especializada se refiere a criterios de orden subjetivo y objetivo. En el primer grupo pueden ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal y familiar, social y profesional del paciente. Dentro de los factores objetivos deben evaluarse los siguientes: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, los riesgos de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información. En este sentido, cuanto más peligrosa y novedosa sea una intervención, más amplia debe ser la información que se facilite al paciente. La Corte, en su amplia doctrina al respecto, también ha puesto de relieve los criterios objetivos a tener en cuenta en el momento de precisar la cantidad de información que debe darse a un paciente:

DERECHOS DEL PACIENTE-Información médica

A partir de una ponderada combinación de los anteriores elementos puede cualificarse, en cada caso concreto, el nivel de información que requiere el paciente para adoptar la decisión autónoma de someterse a una intervención médica sobre su cuerpo. En lo que respecta a la gravedad de la enfermedad, se discute mucho sobre el alcance de la información que debe darse al paciente, pues desde algún sector se estima necesario silenciar la gravedad del cuadro clínico, mientras que otros autores consideran que al paciente hay que decirle toda la verdad. Un criterio medido al respecto sería, el de darle al paciente la información soportable en cuanto a la gravedad de su caso, para evitar una crueldad innecesaria y pernicioso para el propio paciente. Resulta evidente, que no todo se puede decir a todos los pacientes, dependerá de a quién y de cuándo así como de la enfermedad que lo afecta. Es entonces el paciente, en ocasiones, el que decide el quantum de la información que desea. Es claro, de otra parte, que como derecho del paciente también existe el derecho de no saber, como corolario del mismo derecho que fundamenta la exigencia del deber de información y si es esa su manifestación, debe ser aceptada en tanto es reflejo de su libertad y de su autodeterminación. El médico deberá, en uso de su privilegio terapéutico, proporcionar la información que no genere en el paciente un aumento desproporcionado de su angustia, pues una información no medida en los factores señalados, puede dañar más al enfermo que beneficiarlo. El paciente deberá disponer, salvo que renuncie a saberlo, de un balance equilibrado de riesgos y beneficios y de las terapias existentes para poder tomar una decisión personal al respecto. Se entiende entonces, que la información que debe ser suministrada a un paciente no es una opción de los médicos tratantes sino una obligación que tienen para con ellos, pues como se ha venido indicando, el poder de decisión sobre la escogencia de tratamientos, o sencillamente la decisión de no recibirlos recae sobre el paciente.

DERECHO A LA SALUD-En caso de trasplante simultáneo se da orden a Comité Interdisciplinario

Esta Sala de Revisión concederá la tutela pedida pero en el siguiente sentido: Se ordenará a la EPS del ISS que convoque a un comité interdisciplinario independiente, en el que se garantice el principio de autonomía en materia médica. Principio de autonomía entendido como el que obliga a los profesionales a actuar lo más neutral y objetivamente posible, alejado de criterios de conveniencia que alteren su imparcialidad, tal como lo explicó la Corte en la sentencia T-1025 de 2002. En el evento en que el Comité recomiende el procedimiento,

queda en manos del accionante, en ejercicio de su autonomía, otorgar el consentimiento informado para que se realice la intervención de corazón- riñón, para tal efecto debe ser asistido por los profesionales de la salud, pues sólo los psiquiatras pueden conocer si el paciente es apto mental y emocionalmente para dar su consentimiento. De no contar con el consentimiento del paciente, es obvio que la intervención no debe llevarse a cabo.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Decreto 5261 de 1994 contempla trasplantes

DERECHO A LA SALUD-Casos en que procede pago de transporte para acompañante

La relación entre el transporte de los usuarios de los servicios médicos y la efectividad del derecho a la salud es un problema jurídico ya analizado por la jurisprudencia constitucional. En efecto, en la sentencia T-197/03 la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación estudió el caso de un joven discapacitado, quien requería movilizarse a Cartagena junto con un familiar acompañante, a fin de obtener tratamiento para la epilepsia que padecía. En este caso, la Corte reiteró el precedente jurisprudencial contenido en las decisiones T-900 de 2002 y T-1071 de 2002, según el cual, con excepción de los casos previstos en la ley en que es la entidad prestadora de salud la encargada de suministrar el transporte de sus usuarios, debe ser el propio paciente o en aplicación del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95-2 de la Constitución Política, su familia, quien asuma estos gastos, a menos que se comprobara debidamente que (i) éste o aquella no contaba con los recursos necesarios y (ii) de no realizarse el procedimiento médico que requería el transporte a un sitio distinto al lugar de residencia se pondría en riesgo la vida o la integridad física del afectado. Estas condiciones fueron debidamente acreditadas en el presente caso, razón por la cual la Corte concederá el amparo también por este motivo, aclarando que los gastos de traslado del demandante y un acompañante dependen de la aprobación y autorización del trasplante requerido.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-976488

Acción de tutela instaurada por Jaime Orlando Vásquez Ortiz contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales.

TEMA: Consentimiento informado en materia de trasplante de órganos.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, 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 el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Jaime Orlando Vásquez Ortiz contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

El señor Jaime Orlando Vásquez Ortiz instauró acción de tutela contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, en razón a que esa entidad se niega a practicar un trasplante simultáneo de riñón y corazón que requiere con urgencia argumentando que no cuenta con contratos vigentes para la práctica de procedimientos de este tipo.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Se encuentra afiliado al Instituto de Seguros Sociales en calidad de cotizante. Padece de insuficiencia renal crónica, patología que ha venido siendo tratada en el Instituto del Riñón. No obstante, dada la gravedad de esta enfermedad le fue ordenado un trasplante de riñón. Indica que este procedimiento no le ha sido practicado en razón a que le fue programado en la ciudad de Cali, y no cuenta con los medios económicos para desplazarse y sostenerse en esa ciudad por el tiempo que dure su recuperación. Aunado a lo anterior, como consecuencia de una fuerte arritmia cardiaca fue hospitalizado de urgencia en el I.S.S. por espacio de ocho días, donde luego de una serie de exámenes le fue diagnosticada una insuficiencia coronaria

severa, por lo que en concepto de su médico tratante requiere como única alternativa de tratamiento un trasplante de corazón, procedimiento, que según se le informó, debe hacerse en un mismo momento junto con el trasplante de riñón.

No obstante el concepto de su médico, el I.S.S. no autoriza el trasplante en esas condiciones debido a que no cuenta con contratos vigentes. Solicita en consecuencia, que se ordene al Instituto de Seguros Sociales que de manera inmediata autorice y practique el trasplante de corazón y el de riñón en un solo procedimiento quirúrgico y le suministre todo el tratamiento integral que se derive de tal intervención.

II. INTERVENCIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

La Representante de la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, en escrito dirigido al Juez Primero Laboral del Circuito de la ciudad de Medellín, solicitó declarar improcedente la demanda de tutela del señor Vásquez Ortiz. Consideró que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del demandante e indicó que "...no hay falta ni incumplimiento a la solicitud del trasplante del paciente toda vez que en este tipo de procedimientos no se pueden mantener órganos vitales a disposición de las personas que los requieran en un momento dado, sino que son producto de donación de órganos de personas fallecidas en el caso del corazón y en el caso del riñón pueden ser eventualmente de donante vivo. Cómo podremos haber incumplido en este caso? El paciente debe estar en un programa de espera tanto para el corazón como para el riñón salvo que el mismo disponga de un donante vivo en el caso del riñón, lo cual debe comunicar a la EPS para iniciarle los procedimientos del caso. Para la EPS Seguro Social y para cualquier otra EPS es casi imposible que coincida un trasplante doble en donde se encuentre donante para riñón y corazón al mismo momento."

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Conoció del presente caso el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, quien en sentencia de 13 de julio de 2004 negó la tutela solicitada por Jaime Orlando Vásquez Ortiz, al considerar que "...no obra en el expediente documento, que acredite que al accionante se le haya ordenado el trasplante de riñón y corazón. El único documento que reposa en la foliatura (50) es el correspondiente al denominado EVOLUCIÓN fechado julio 10 de 2003, del cual en su parte final se lee textualmente 'El trasplante corazón-riñón seguramente será su única alternativa...'"

En el expediente obran las siguientes pruebas que merecen destacarse:

- * A folio 4 del cuaderno de instancia, copia del carné de afiliación del demandante al I.S.S..

- * A folio 5 del cuaderno de instancia, copia de la cédula de ciudadanía del señor Jaime Orlando Vásquez Ortíz.

- * A folio 6 del cuaderno de instancia, copia del comprobante de pago de pensión del señor Vásquez Ortiz.

- * A folios 16 al 49 del cuaderno de instancia, copia de apartes de la historia clínica del señor Vásquez Ortíz.

- * A folio 50 del cuaderno de instancia, formato de evolución del Centro de Medicina del Ejercicio y Rehabilitación S.A. CEMDE suscrito por el doctor Sergio González López, cardiólogo internista en el que indica que el trasplante corazón riñón será la única alternativa de tratamiento del demandante.

- * A folios 52 y 53 del cuaderno de instancia, resultado de un examen denominado eco cardiografía doppler color practicado al demandante en el que aparecen como conclusiones "1. Cardiopatía isquémica dilatada con severo compromiso de la función ventricular izquierda. 2. Regurgitación mitral severa. 3. Hipertensión pulmonar severa con compromiso moderado la función del ventrículo derecho. 4. Imágenes sugestivas de trombo en el ápex del ventrículo izquierdo."

* A folios 54 y 55 del cuaderno de instancia, resultado del procedimiento denominado cateterismo cardiaco izquierdo coronariografía y ventriculografía practicada al señor Vásquez Ortiz.

V. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para mejor proveer en el asunto de la referencia, el Magistrado Sustanciador ofició a través de la Secretaría General de esta Corporación al Doctor Iván Villegas, Especialista en Nefrología, quien trabaja como médico adscrito al I.S.S., para que informara a este Despacho acerca de los siguientes asuntos:

1. Cuál es la viabilidad de un trasplante simultáneo de corazón- riñón en la persona de Jaime Orlando Vásquez Ortiz teniendo en cuenta su historia clínica?

1. Qué ventajas e inconvenientes suelen presentarse en casos de trasplantes similares y qué experiencia existe en el país al respecto?

1. Existen tratamientos alternativos para mejorar la salud del señor Vásquez Ortiz, diferentes al trasplante simultáneo de corazón - riñón? Es preciso e indispensable realizar las dos intervenciones en un solo momento?

Igualmente se ofició al Doctor Alvaro Mesa, Especialista en Cardiología, quien labora como médico adscrito a I.S.S. y es el médico tratante del señor Vásquez Ortiz para que informara a este Despacho acerca de los siguientes puntos:

1. Cuál es la viabilidad de un trasplante simultáneo de corazón- riñón en la persona de Jaime Orlando Vásquez Ortiz teniendo en cuenta su historia clínica?

1. Qué ventajas e inconvenientes suelen presentarse en casos de trasplantes similares y qué experiencia existe en el país al respecto?

1. Existen tratamientos alternativos para mejorar la salud del señor Vásquez Ortiz, diferentes al trasplante simultáneo de corazón - riñón? Es preciso e indispensable realizar las dos intervenciones en un mismo momento?

De igual manera se solicitó, a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Gerente del Instituto de Seguros Sociales en la ciudad de Medellín para que diera respuesta a las siguientes preguntas:

1. Qué trámites se están llevando a cabo para la realización de la operación corazón - riñón que reclama el señor Jaime Orlando Vásquez Ortiz?

1. En qué consisten los programas de trasplante de corazón- riñón e indique si a la fecha existe algún listado de personas en espera de que se realicen operaciones similares y si a la vez existe un banco de donantes a nivel nacional que permite este tipo de intervenciones?

1. Igualmente señale cuáles son realmente las razones por las cuales se afirma que “es casi imposible que coincida un trasplante doble en donde se encuentre donante para riñón y corazón al mismo momento”.

Consultó la Corte a la Dirección de Calidad de Servicios del Ministerio de Salud para que informara respecto de los siguientes puntos:

1. De acuerdo a la información existente acerca de trasplantes a nivel nacional, cuántos trasplantes simultáneos de corazón y de riñón han sido practicados en el país y cuáles han

sido los resultados?

1. De acuerdo a esta misma información, qué probabilidades existen de que confluyan en un solo momento dos donantes de corazón y de riñón con el objeto de trasplantar a un paciente estos órganos en un solo procedimiento?

1. En caso de presentarse la necesidad de un trasplante de corazón y de riñón como el que requiere el demandante, es imprescindible que éstos se realicen en la misma intervención quirúrgica?

1. Existe una lista de espera independiente para pacientes que requieren trasplantes simultáneos de órganos?

Dentro del término legal se recibieron las respectivas respuestas que a continuación se discriminan así:

1. El doctor Iván Villegas Gutiérrez respondió el cuestionario enviado por la Corte de la siguiente manera:

“1. Un trasplante simultáneo de corazón-riñón sí es viable en el señor JAIME ORLANDO VÁSQUEZ ORTIZ, cc # 15'317090.

“2. En el país existe una limitada experiencia en este tipo de trasplantes. Los grupos de trasplante del Hospital San Vicente y de la Clínica Cardiovascular, ambos de Medellín, ya han practicado simultáneamente este tipo de intervenciones, aunque pocas.

“3. Por el momento el paciente Vásquez está en tratamiento de reemplazo renal con diálisis peritoneal y está estable. No existe ningún tratamiento diferente al que recibe en la actualidad, además del propuesto trasplante dual. Ambos trasplantes deben realizarse en el mismo momento.”.

2. A su vez el doctor Alvaro Mesa Arroyave, dio respuesta en los siguientes términos:

“2. El estudio ECOCARDIOGRÁFICO que le ordené es definitivo para conceptuar sobre el tratamiento en el área Cardiovascular.

“3. El Nefrólogo a su juicio es quien recomienda el tratamiento desde este punto de vista, sea DIALISIS CRONICA o TRASPLANTE RENAL.

“4. Solo como aporte al caso le informo que para asumir la decisión de Trasplante Cardiaco o Renal es necesario la opinión de un grupo interdisciplinario en cada área. Pensando en la posibilidad de trasplanta de ambos órganos es necesaria la opinión de los diversos grupos al respecto.”

3. El I.S.S. Seccional Antioquia respondió señalando :

“Dando estricto cumplimiento de lo solicitado es menester informar que ante la notificación recibida, se dio traslado de inmediato al DEPARTAMENTO DE UNIDAD RENAL DE LA SECCIONAL ANTIOQUIA, Dirigida por el Doctor LUIS FERNANDO VELEZ, quien en una amplia respuesta anexa, nos informa los trámites que se están llevando a cabo para la realización de la operación corazón - riñón, que reclama el señor JAIME ORLANDO VASQUEZ ORTIZ...

“Frente al Trasplante de Corazón es necesario anotar, que la Doctora María Flor Osorio, se comunicó telefónicamente con el Accionante, para establecer si tenía orden médica por medio de la cual se le ordenaba dicho trasplante, a lo que el mismo señor le contesta que aún no tiene esa orden, que no sabe nada al respecto. Sin embargo es de anotar que en estos momentos en nuestro sistema de base de datos que sirve de apoyo al equipo jurídico de tutelas de salud, no reposa orden médica para la realización de trasplante cardiaco, solo se encuentra registrada la cirugía pendiente de trasplante de riñón, sin embargo se encuentra pendiente la autorización de la evaluación por cardiología, orden que efectivamente reposa en nuestro sistema y que esta surtiendo trámite de autorización en la Central de Autorizaciones, de la SECCIONAL ISS ANTIOQUIA, presidida por el Doctor NESTOR ELADIO GOMEZ.

“Efectivamente y ante el segundo interrogante, en la comunicación enviada a la Doctora MARIA FLOR OSORIO, ABOGADA DEL EQUIPO JURIDICO DEL ISS, TUTELAS DE SALUD, por

parte de la Unidad Renal, dicho departamento explica claramente en que consisten los programas de trasplante corazón - riñón y efectivamente se explica que a la fecha existe listado de personas en espera de que se realizan operaciones similares, listados en los cuales efectivamente se encuentra el accionante y en la cual nos informan igualmente que dada las características de complejidad en la realización de los trasplantes es imposible, mantener un banco de donantes, dado que por lo general estos trasplantes se realizan de DONANTES CADAVERICOS, o de DONANTES FAMILIARES. Y frente a la afirmación de la doctora de que es casi imposible la realización de trasplantes simultáneos de riñón, corazón, estos en su concepto explican que son de difícil complejidad, y práctica, pero que efectivamente pueden practicarse, por lo tanto, con el debido respeto solicita, la intervención de un concepto explícito de un especialista en el ramo, que nombrará la honorable secretaría, puesto que solo uno de dichos especialistas podrían establecer claramente, la posibilidad o no de realizarlos”.

VI. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CASO CONCRETO.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Lo que se debate.

Corresponde determinar en este pronunciamiento, si a una persona que requiere un trasplante simultáneo de riñón y corazón, procedimiento quirúrgico de gran complejidad, pero que a juicio de su médico tratante es su única alternativa de tratamiento, le puede ser negada tal intervención, bajo el argumento que la entidad encargada de prestarle servicios médicos no tiene contratos para un procedimiento de este tipo o, porque éste presenta gran dificultad operativa y práctica. Los temas que deben abordarse serán los siguientes:

3. Derecho a la salud, fundamental por conexidad.

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si bien el derecho a la salud tiene

carácter prestacional, adquiere la connotación de fundamental al estar en conexidad con el derecho a la vida. En efecto la Corte ha expresado:

“... que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental¹, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.² De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente³, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental”⁴

En la misma línea de argumentación, esta Corporación ha precisado en diversos fallos que el derecho a la vida no se reduce a la simple existencia biológica, sino que implica también la posibilidad de que la persona lleve una vida en condiciones dignas, lo más lejano posible al sufrimiento, de manera que pueda desempeñarse normalmente en sociedad. Al respecto, en la sentencia T-171 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo que el derecho a la salud se entiende como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.⁵

4. Deber de las entidades prestadoras de servicios de salud de evaluar y suministrar todas las alternativas de tratamiento posibles para el manejo de enfermedades catastróficas o ruinosas.

En aras de proteger los derechos a la salud y la vida en condiciones dignas, la reiterada jurisprudencia⁶ de esta Corporación ha considerado la viabilidad de la acción de tutela para ordenar el suministro de tratamientos en enfermedades catastróficas o ruinosas, como quiera que este tipo de patologías afectan gravemente las condiciones de vida de quien las padece y constituyen un riesgo inminente para su vida.

Así, la Corte ha protegido los derechos a la salud y a la vida de personas a las que les eran

negados con diferentes argumentos (administrativos, legales, burocráticos, etc.) medicamentos, cirugías o, procedimientos médicos necesarios para el tratamientos de enfermedades denominadas ruinosas o catastróficas.

La sentencia T-1173 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, por ejemplo, ordenó la práctica de un tratamiento de diálisis a una persona que padecía de insuficiencia renal crónica tras considerar que “ en casos como éste, está comprobada la urgencia y la gravedad del tratamiento médico prescrito, razón por la que según la consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es posible oponer periodos mínimos de cotización, pues todas las entidades de salud, tanto públicas como privadas, están obligadas a prestar los servicios de salud a quienes los soliciten, tengan o no capacidad de pago⁷. Tampoco existe norma legal que ampare la negativa de prestar el servicio médico requerido, por cuanto por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema⁸”.

La sentencia T-724 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis ordenó el suministro de todo el tratamiento que pudiera requerir una persona que padecía insuficiencia renal crónica. En esa ocasión, la Corte sostuvo que: “...tratamientos como el requerido por la accionante, en los cuales se exige de una determinada periodicidad a afectos de poder mantener no sólo una condición de salud adecuada, sino también de garantizar la vida misma, no pueden condicionarse para su prestación a la estricta aplicación de lineamientos legales, que lo único que generan es la violación de derechos fundamentales de carácter constitucional, que deben primar en su aplicación y protección. En consecuencia, una enfermedad como la que aqueja a la accionante, calificada como ruinosa o catastrófica, y que además de ello se encuentra en una etapa de evolución terminal, no permite que los servicios reclamados sean restringidos en el tiempo, pues la condición de salud y la inminente afectación de la vida, representa un peligro constante que hace que la paciente se encuentre en una condición crítica e incluso de permanente urgencia.”.

La sentencia T-794 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería al estudiar el caso de una persona que requería el suministro de un medicamento para tratar el cáncer que padecía, consideró :“la prestación de los servicios del sistema de seguridad social en salud no pueden, so pretexto de una aplicación rigurosa de la normatividad que la reglamenta, desembocar en

una situación insostenible para el paciente; situación ésta que implique un menoscabo de sus derechos fundamentales, en especial del derecho a la vida y a la integridad personal”.

La anterior doctrina se cita para concluir que es claro que el objetivo primordial de todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud es la vida y el bienestar de sus asociados y que a pesar de que en algunos casos no sea procedente el suministro de alguna prestación por la existencia de un impedimento legal, contractual, económico o de cualquier tipo, la jurisprudencia constitucional en amparo de los derechos de los asociados que padecen enfermedades ruinosas, ha hecho prevalecer los dictados superiores sobre cualquier contingencia.

5. La situación de los trasplantes de órganos en la jurisprudencia.

Esta Corporación ha ordenado la práctica de esta clase de procedimientos, en todos aquellos casos en los cuales éste tipo específico de intervenciones es la única alternativa de manejo de la enfermedad y se hace para conservar la vida del paciente.

Algunas reglas extraídas de los casos que constituyen precedente al sub examine son las siguientes:

1. En todos los eventos en los que por vía de tutela se solicita el trasplante de órganos, la Corte ha tenido como eje fundamental de la decisión el concepto del médico tratante y los protocolos existentes para la práctica de estos procedimientos. Se ha tenido en cuenta que son los médicos y los demás especialistas tratantes, quienes tienen el conocimiento de la *lex artis* para decidir sobre la conveniencia o no de un trasplante. De no constatarse la existencia de este tipo de valoraciones, conceptos y prescripciones, la Corte no ordena directamente la práctica del procedimiento sino la conformación de comités médicos y científicos que se encarguen de definir sobre la viabilidad y utilidad de un procedimiento que involucre un trasplante; si por el contrario, en el proceso de tutela aparece probado que el trasplante ya fue ordenado cumpliendo todos los requisitos legales y científicos para ello, y no es practicado por una razón diversa a la conveniencia que éste tiene para la salud del paciente, esta Corporación ha ordenado su práctica atendiendo la urgencia y gravedad que reviste la técnica de un trasplante.

2. En efecto, la sentencia T-1038 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis, al estudiar el caso de una

persona que requería de un trasplante de riñón, pero que no había realizado todos los procedimientos correspondientes al protocolo previo al trasplante renal ni los trámites pertinentes al interior de su E.P.S., ordenó a la entidad demandada realizar las gestiones necesarias tendientes a evaluar la viabilidad del citado procedimiento, pues reiteró que al juez de tutela no le es posible tomar este tipo de decisiones sin un soporte médico y científico que se lo permita. Al respecto indicó:

“...se puede deducir que en efecto no aparece acreditada la existencia de una orden expresa expedida por el médico tratante vinculado al Seguro Social que ordene la realización del protocolo previo al trasplante y menos aún el trasplante de riñón como bien lo señala en su intervención la entidad accionada. Igualmente, tampoco obra orden de remisión al Hospital San Vicente de Paul de Medellín, pues los anexos que la accionante presenta como prueba son formatos preimpresos para cualquier paciente renal candidato a trasplante de riñón.

“En este punto cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corporación⁹ ha sido enfática en precisar la oportunidad y eficacia de los procedimientos en salud que debe estar determinada por consideraciones médicas, que no le compete al juez constitucional, y en tal medida éste no puede sustituir la valoración especializada del médico tratante y dar ordenes relativas a la realización de una cirugía en un hospital y ciudad determinada, sin orden médica que respalde tal actuación.”

3. En otras situaciones, cuando se probó que ya se habían realizado todas las valoraciones médicas y los trámites encaminados a la realización de un trasplante estaban agotados, y aún así éste era negado por razones diferentes a la conveniencia para el paciente o a su estado de salud, la Corte concedió la protección reclamada, ordenando a la entidad correspondiente la práctica del procedimiento quirúrgico prescrito por el médico tratante o por el equipo de médicos encargado de ello¹⁰. En la sentencia T-1221 de 2000,¹¹ la Corte ordenó al I.S.S. autorizar la práctica de un trasplante hepático que había sido negado por encontrarse excluido del P.O.S., ésta decisión fue asumida en el entendido de que ese procedimiento quirúrgico había sido ordenado por los médicos tratantes del afectado, y el dictamen había sido confirmado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En el citado asunto la Corte consideró:

“En consecuencia, con fundamento en las pruebas que obran dentro del proceso, y

atendiendo los problemas de salud que viene sufriendo la demandante, en este caso no cabe ninguna duda que se dan todos los presupuestos para que la tutela prospere, pues la señora Romero Contreras tiene derecho a que se la haga el trasplante que necesita para vivir, que lleva como finalidad esencial garantizarle los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física”¹².

Se tiene así, que las decisiones que pueda tomar el juez de tutela en materia de salud, prestación de servicios médicos, práctica de tratamientos y demás servicios de este tipo, deben estar sustentadas y avaladas por conceptos médicos y especializados que le permitan al fallador evaluar de manera juiciosa y ponderada la situación real del afectado. La jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver cómo no es facultad del juez constitucional indicar el tratamiento médico que debe serle practicado a un paciente, ni determinar el momento en que debe suspenderse, y ha insistido en que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por los “médicos tratantes”, dado que son sólo ellos quienes, por tener los conocimientos de los que carece el juez, pueden determinar si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular.¹³

7. La escasa información suministrada a un paciente acerca de las posibilidades de acceder a un tratamiento puede vulnerar sus derechos fundamentales. Consentimiento informado.

En las últimas décadas del presente siglo el acelerado avance tecnológico, aplicado a las ciencias biológicas y médicas posibilitó la apertura de un abanico de alternativas terapéuticas, entre las cuales se encuentra el trasplante de órganos. De esta manera, hoy el trasplante se constituye en una técnica habitual en medicina que supone la única solución ante el deterioro irreversible de determinados órganos.

Considera la Corte que para este tipo de intervenciones, y de hecho para todas aquellas en las que hay disposición del cuerpo por los galenos, debe contarse siempre con el consentimiento informado del paciente una que vez que haya recibido de sus médicos toda la información que permita asentir en el procedimiento que alterará su salud o su vida.

El consentimiento informado ha sido concebido como un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*¹⁴ y por lo tanto un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Es una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la

medicina y hoy tiene la categoría de derecho fundamental. Encuentra su fundamento, como se deriva de la jurisprudencia de esta Corporación 15 en la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo en la libertad, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Es igualmente consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Es un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y en consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.¹⁶

La información es la otra cara del consentimiento informado, que ha sido tratada igualmente por la jurisprudencia de esta Corporación.¹⁷ como una exigencia de toda actuación terapéutica y requisito previo a todo consentimiento, con el objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad con el plan médico de manera efectiva, y no viciada por una información sesgada o inexacta.

De manera general pues, el médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir en forma razonable en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma, los medios y el fin el tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico, y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios. Ello, porque el consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado. El paciente tiene que saber lo que consiente (*nihil volitum quem praecognitum nada es querido si antes no es conocido*), esto es, el motivo de la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento, lo que en modo alguno significa, una lección magistral sobre el tema, para la que obviamente, el enfermo quizás, no se encuentre, a priori, preparado.¹⁸

Ahora bien, lo importante a la hora de precisar el consentimiento, previa la correspondiente información, es determinar el contenido y los límites de ese asentimiento informado, y aun cuando en tal sentido no se pueden formular reglas generales a priori,¹⁹ dependiendo de la ponderación conjunta de una serie de variables, el médico debe darle información más o menos cualificada al sujeto afectado.²⁰

Cuáles son entonces los factores o criterios que deben ser como mínimo, considerados a la hora de determinar el contenido del deber de información del médico. La doctrina especializada se refiere a criterios de orden subjetivo y objetivo. En el primer grupo pueden ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal y familiar, social y profesional del paciente. Dentro de los factores objetivos deben evaluarse los siguientes: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, los riesgos de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información. En este sentido, cuanto más peligrosa y novedosa sea una intervención, más amplia debe ser la información que se facilite al paciente.

La Corte, en su amplia doctrina al respecto, también ha puesto de relieve los siguientes criterios objetivos a tener en cuenta en el momento de precisar la cantidad de información que debe darse a un paciente:

- a) El carácter más o menos invasivo del tratamiento. Si todas las demás variables permanecen constantes, entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.²¹
- b) El grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. A su vez, el grado de aceptación clínica del procedimiento determina la cualificación del consentimiento. Cuando existan dudas acerca de la aceptación clínica de un procedimiento o tratamiento, debe efectuarse una junta médica con la participación de un epidemiólogo clínico, quien debe informar al paciente acerca de las características del mismo.²²
- c) La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito. De tal forma, cuando existan condiciones que dificulten la realización de un procedimiento, o que disminuyan significativamente las probabilidades de éxito, el médico debe informar al paciente de dicha circunstancia.²³
- d) La urgencia del tratamiento. Cuando la demora en la realización de un procedimiento ponga en riesgo la salud o la vida, el médico debe sopesar este factor y, si es del caso, entrar a protegerlos, aun sin el consentimiento expreso del paciente.²⁴

a. El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Cuando un tratamiento o procedimiento signifique un riesgo para ciertos derechos o intereses del paciente, en principio, la información necesaria para que se pueda prestar válidamente el consentimiento es mayor.²⁵

a. La afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica. Así, en algunos casos resulta aceptable que se practiquen determinados procedimientos sin necesidad de informar detalladamente al paciente para obtener su consentimiento, cuando están de por medio los derechos de terceras personas, como sería el caso de la aplicación de una vacuna para evitar que se propague una epidemia.²⁶

g) La existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos. Cuando existan otros tratamientos o procedimientos que produzcan resultados similares o comparables, el médico debe informar de esta situación al paciente, si observa que hacerlo redundaría en interés del paciente.²⁷

h) La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. Cuando existan circunstancias subjetivas del paciente que afecten su capacidad de comprensión, el médico debe velar por que éste tenga la mayor comprensión posible acerca de sus repercusiones, sin afectar otros intereses que puedan estar en juego. Esto último supone que, si bien en la mayoría de los casos resulta conveniente que el paciente conozca las consecuencias de cada opción, en otros, cierta información puede terminar alterando su juicio, impidiéndole tomar una decisión autónoma. Por lo tanto, es responsabilidad del médico juzgar cuál es el nivel adecuado de información que debe suministrar al paciente, a partir de una evaluación de su situación particular.²⁸

De tal modo, que a partir de una ponderada combinación de los anteriores elementos puede calificarse, en cada caso concreto, el nivel de información que requiere el paciente para adoptar la decisión autónoma de someterse a una intervención médica sobre su cuerpo.

Resulta evidente, que no todo se puede decir a todos los pacientes, dependerá de a quién y de cuándo así como de la enfermedad que lo afecta. Es entonces el paciente, en ocasiones, el que decide el quantum de la información que desea. Es claro, de otra parte, que como

derecho del paciente también existe el derecho de no saber, como corolario del mismo derecho que fundamenta la exigencia del deber de información y si es esa su manifestación, debe ser aceptada en tanto es reflejo de su libertad y de su autodeterminación. El médico deberá, en uso de su privilegio terapéutico, proporcionar la información que no genere en el paciente un aumento desproporcionado de su angustia, pues una información no medida en los factores señalados, puede dañar más al enfermo que beneficiarlo.²⁹

Al respecto también la Corte en ocasiones pasadas lo había así dispuesto:

“El anterior análisis ha mostrado que, tal y como esta Corte ya lo había señalado, la “información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio”, por lo cual es “un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes”. Por consiguiente, “la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26)”³⁰.

“Esta naturaleza normativa de principio, y no de regla definitiva, de la exigencia de obtener el asentimiento del paciente tiene también consecuencias sobre el tipo de información que debe ser suministrada por el galeno. Así, en general, como se señaló, es deber del equipo sanitario suministrar la información relevante y suficiente para que el paciente pueda decidir de manera autónoma. Sin embargo todo tratamiento médico se realiza en condiciones de incertidumbre y las diferencias de los casos son grandes, por lo cual, tal y como esta Corte ya lo señaló, “resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos”³¹. Así, dadas las condiciones de incertidumbre, puede ser razonable que los profesionales de la salud no comuniquen detalladamente sobre algunos riesgos menores, que están ligados a ciertas terapias pero que son de muy escasa ocurrencia, por cuanto podrían alarmar innecesariamente al paciente; sin embargo, en otros eventos, un enfermo particularmente celoso de su autonomía y de la veracidad y transparencia de las relaciones humanas, puede exigir una información supremamente minuciosa, la cual debería entonces serle suministrada, lo cual muestra que la situación subjetiva del paciente no puede ser ignorada por el galeno.

“Igualmente, en ocasiones excepcionales, el suministro de ciertos datos relevantes puede ocasionar daños graves al enfermo, con lo cual la obtención de un genuino consentimiento informado entra en contradicción con el principio de beneficencia. Es más, en algunos de estos casos, la exigencia del consentimiento informado parece entrar en conflicto consigo misma, pues el conocimiento de ciertas características o riesgos de la terapia pueden afectar tanto personalmente al enfermo, que pueden llegar a minar incluso su autonomía para decidir racionalmente si acepta o no el tratamiento. En tales eventos, la situación puede ser asimilada a una emergencia, y puede entonces ser admisible que el galeno retenga aquella información que dañe gravemente al enfermo o lo angustie de tal manera que le imposibilite una elección competente. Es lo que la ética médica denomina el “privilegio terapéutico”, cuya legitimidad esta Corte había aceptado, cuando señaló que “de manera similar a cómo la mentira piadosa puede ser una excepción a la regla que prohíbe mentir, la retención de información por motivos de dignidad humana puede estar justificada en ciertos casos”³². Con todo, esta Corte precisa que este privilegio terapéutico es excepcional, por lo cual los riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico, no sólo debido a la prevalencia prima facie del principio de autonomía sino también porque diversas investigaciones han concluido que son muy raros los casos en donde se pueda sostener que informar adecuadamente al paciente, con discreción y sensibilidad, es más peligroso para su salud que ocultarle información³³”.

En suma, el paciente deberá disponer, salvo que renuncie a saberlo, de un balance equilibrado de riesgos y beneficios y de las terapias existentes para poder tomar una decisión personal al respecto. Se entiende entonces, que la información que debe ser suministrada a un paciente no es una opción de los médicos tratantes sino una obligación que tienen para con ellos, pues como se ha venido indicando, el poder de decisión sobre la escogencia de tratamientos, o sencillamente la decisión de no recibirlos recae sobre el paciente.

8. Caso concreto.

La base fáctica de la presente demanda de tutela puede sintetizarse de la siguiente manera:

El señor Jaime Orlando Vásquez Ortiz presentó demanda de tutela con el fin de que le fueran protegidos los derechos a la salud y seguridad social en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales, en razón a que esa entidad no ha autorizado la práctica de una cirugía de trasplante simultáneo de riñón y corazón que requiere y que fue valorada por su médico tratante como la opción más viable para mejorar su salud.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se puede concluir que en efecto el señor Vásquez Ortiz padece de Insuficiencia Renal Crónica y de insuficiencia coronaria severa, enfermedades para las que ha venido recibiendo tratamiento, esto en concordancia con los apartes de la historia clínica anexos al expediente³⁴.

Igualmente, aparece acreditado en la información existente en el expediente que uno de sus médicos tratantes, el doctor Sergio González López, especialista en cardiología conceptuó que debido a estas dos patologías requiere como única opción terapéutica en éste instante de la evolución de su enfermedad, la práctica de un trasplante simultáneo de corazón y de riñón.

Se encuentra probada igualmente la incapacidad económica del accionante, pues es pensionado del Seguro Social y su mesada apenas asciende a un salario mínimo legal, lo que le impediría en caso de serle autorizada la cirugía, el desplazarse con sus propios recursos a otra ciudad para recibir el tratamiento³⁵.

A la luz de lo expuesto, estima la Sala que en el presente caso la afectación de la salud del accionante guarda una especial relación con el derecho a la vida en condiciones dignas, pues las enfermedades que sufre, indiscutiblemente no le permiten llevar su vida en las circunstancias esperadas de normalidad. En este orden de ideas, para la Sala es clara la relación de conexidad entre el derecho a la salud (artículo 49 C.P.) y el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas (artículos 1 y 11 C.P.) toda vez que el mencionado trasplante le permitirá disfrutar de una mejor calidad de vida, lo que constituye presupuesto para el ejercicio de las plenas facultades vitales y el mejoramiento del goce de su existencia, lo anterior considerando que su médico cardiólogo tratante conceptuó que la única alternativa de tratamiento es el trasplante simultáneo de corazón - riñón.

Pese a existir tal evidencia, la Corte estudiará de manera detallada el caso específico del

señor Vásquez Ortiz, para precisar las razones por las cuales el trasplante fue negado por la entidad accionada y los pormenores que deben contribuir a la ulterior decisión de ordenar el trasplante simultáneo que se pretende. Los interrogantes a dilucidar son los siguientes:

(i) El trasplante reclamado por el demandante ya fue debidamente autorizado por el I.S.S. cumpliendo los requerimientos médicos para ello?; (ii) en tanto el I.S.S. en su respuesta al Juez de instancia indicó que la práctica de un procedimiento de este tipo era casi imposible, qué posibilidades existen y qué información hay disponible respecto a la práctica de un procedimiento como el reclamado en la presente tutela? (iii) existe alguna alternativa de tratamiento para el señor Vásquez Ortiz diferente al trasplante aludido? (iv) ha sido la entidad demandada diligente frente al requerimiento del actor y a su estado de salud?

Estima la Corte lo siguiente:

1. No aparece probado en el expediente que el trasplante solicitado por el demandante haya sido autorizado por el I.S.S., así como tampoco aparece prueba de la negativa por parte de esa entidad, la única constatación que se observa es el estudio del Director de la Unidad Renal del I.S.S. en el que informa al Director de la Seccional Antioquia que el señor Vásquez Ortiz se encuentra en turno para trasplante de riñón únicamente. De la misma manera hace una reseña de todos los trámites y requerimientos médicos que se deben cumplir antes de la práctica de un procedimiento quirúrgico como el que requiere el señor Vásquez Ortiz. En el mencionado informe, el doctor Luis Fernando Zuluaga planteó lo siguiente:

“Hasta finales del año 2001, el Seguro Social en su Seccional Antioquia contaba con presupuesto asignado a nivel local para contratar la realización de los trasplantes renales a los pacientes que lo necesitaban, ya que por el alto nivel de complejidad que entrañan, son actividades para las cuales no contamos con la tecnología ni con el recurso humano en el recurso propio (en las IPS del Seguro Social) que los realice. A pesar de que era un presupuesto limitado, era en Antioquia donde se estudiaba cada caso y se definían la prioridades de contratación y de intervención. Por eso en la medida en que se fuera asignando presupuesto, se iba aprobando cada trasplante.

“Ante el enorme volumen de pacientes en todo el país que requieren de tratamientos renales y finalmente de trasplante, a comienzo del año 2002 se tomó la decisión por parte del Seguro Social y su Vicepresidencia de EPS de centralizar por Bogotá la contratación de este tipo de

actividades

“A partir de este momento la Seccional Antioquia perdió la competencia que tenía para contratar la realización de terapias de sustitución renal y de trasplantes renales.

“Previa invitación abierta a los posibles oferentes de servicios de terapias renal la escala nacional, la Presidencia del ISS suscribió 2 contratos a finales de Marzo y principios de Abril de 2002 para prestar estos servicios en todo el país así:

“El contrato No 0110 de 2002 con la firma FRESENIUS MEDICAL CARE, y el contrato No 0109 de 2002 con la firma R.T.S; para atender pacientes con patología renal, incluyendo el trasplante mismo durante la vigencia del año 2002. Dichos contratos como ya queda dicho se manejaron desde Bogotá.

“La Vicepresidencia de EPS, estableció los criterios con los cuales se haría la selección de pacientes renales a trasplantar en cada Seccional, de entre los grupos considerados prioritarios.

“En Antioquia tenemos organizados y priorizados el grupo de pacientes candidatos a trasplante, gracias al trabajo que de tiempo atrás desarrolla la Unidad Renal. Haciendo parte de este listado se encuentra desde meses atrás el paciente JAIME ORLANDO.

“De todo lo anterior se concluye que la Seccional Antioquia del Seguro Social NO tiene actualmente la competencia para definir cuáles de sus pacientes renales se van a trasplantar, sino que esa atribución reposa en la Vicepresidencia de EPS en Bogotá.

“En su momento (desde el mes de S/bre de 2003 hasta aproximadamente Febrero de 2004), a nivel de todo el país, solamente la Seccional Valle del Cauca venía realizando trasplantes al ISS a través de un contrato con la Fundación CLINICA VALLE DEL LILI en la ciudad de Cali que lo maneja directamente dicha Seccional. Las valoraciones dependían de lo que autorizara el nivel nacional para enviar las ordenes de los pacientes a Cali.

“En este orden de ideas, nos permitimos informarle que el nivel nacional nos autorizó el envío de los papeles, para que a través de la Seccional Valle del Cauca, determine en qué momento se llame a los pacientes. Como prueba del envío de JAIME ORLANDO, anexamos copia del comunicado 01683 del 14 de Enero de 2004 donde se incluyen los papeles de dicho

paciente previamente autorizados por el nivel nacional. Igualmente Fax de la respuesta de Cali donde está incluido en el listado nuestro paciente.

“Sin embargo como en Cali se recibían pacientes de todo el país, el proceso se estaba demorando demasiado.

“En vista de lo anterior, en Marzo 9 de 2004, oficiamos mediante Rdo. 15260 al Programa da Terapia Renal en la mencionada Seccional del Valle del Cauca, ya que no éramos ajenos a las dificultades que implicaba el envío de estos pacientes a Cali.

“El día 16 de Marzo de 2004, recibimos respuesta de la Gerencia Seccional del Valle, donde manifiestan las dificultades que han tenido para el inicio de dicho Programa.

“Conocidas dichas dificultades por el Nivel Nacional, han solicitado el listado de los pacientes a trasplantar por la Seccional Antioquia. En el listado que nos envió el nivel nacional, como puede constatarse, aparece Jaime Orlando haciendo parte de la lista de pacientes de todo el país.

“Dando cumplimiento a instrucciones del Gerente Nacional de Contratación, Dr Nelson Aguirre recibidas mediante comunicación del 05/04/2004 vía transfer, enviamos la información solicitada y actualizada a la fecha, que incluye la base de datos correspondiente a los pacientes candidatos y aptos para trasplante renal en la Seccional Antioquia.

“Dicha información les fue enviada por la misma vía en las primeras horas de la mañana del día Lunes 12 de Abril, verificando y complementando el listado que el nivel nacional maneja de todos los pacientes aptos para trasplante en todo el país. De dicho listado hace parte lógicamente la paciente VASQUEZ O.

“En conclusión, como puede verse, todo depende de lo que el nivel nacional, a través de la Vicepresidencia de EPS y de la Gerencia Nacional de Contratación nos autorice.

“Copia de todas las comunicaciones y gestiones realizadas tendientes a la consecución de los trasplantes, reposan en la carpeta del paciente y en los archivos de la Unidad Renal y están a disposición de la Corte para cuando lo requieran. Cualquier otra información, gustosamente la suministraremos.

“Con el fin de explicarle en forma clara y detallada los pasos a seguir en la Evaluación del Receptor para que un paciente con daño renal o cardíaco irreversible pueda acceder a un trasplante de riñón o de corazón, me permito anexarle el protocolo standard que se sigue en la mayoría de los países del mundo para este tipo de procedimientos y que lógicamente se aplica en nuestro medio en lo posible, al pie de la letra.

“Al final de la segunda página, numeral 2.1 del anexo, se lee: EVALUACION DEL RECEPTOR, en el cual se encuentran todos los pasos, estudios, exámenes, evaluaciones, ayudas diagnósticas, intervenciones etc. que se deben realizar en la persona que va a recibir un Riñón y/o un Corazón y que deben seguirse en forma metódica y científica para lograr que el Receptor esté en condiciones óptimas para recibir el órgano.

“La finalidad entonces es buscar un Receptor en buenas condiciones y lograr un estudio completo para luego sí, buscar un Donante Cadavérico que sea compatible con el Receptor para asegurar o garantizar el éxito de un procedimiento que como puede verse es complejo y costoso.

“Se puede concluir entonces, que es imposible decir cuanto demoren estos estudios, pues todo depende del estado clínico del paciente, su respuesta a los exámenes y las complicaciones que puedan derivarse.

“La gran responsabilidad en el Grupo de Trasplantes es seleccionar el Donante mas adecuado para el receptor; esto significa buscar dentro de los posibles donantes cadavéricos disponibles, el que pueda ofrecerle un injerto con el menor riesgo de rechazo y por lo tanto con las mayores posibilidades de éxito.

“La selección del Receptor se hace por criterios científicos e imparciales, tratando solo de encontrar aquellos mas compatibles con el Donante y por lo tanto con las menores probabilidades de rechazo.

“Digamos además, que para este tipo de procedimientos es imposible mantener un banco de Donantes o de órganos disponibles en un momento determinado para cuando un paciente lo requiera, ya que es el producto de donación de órganos de personas fallecidas compatibles con el Receptor y que como se dijo deben estar sometidas al mas estricto rigor científico. Además el órgano extraído previamente estudiado, debe ser recibido en las mejores

condiciones por el Receptor en el menor tiempo posible, valga decir, cuando se extrae el órgano del cadáver, no deben pasar mas de 8 a 12 horas para ser recibido por el Paciente.

“Por todas las consideraciones anteriores, es mas difícil encontrar un Donante para un trasplante simultáneo riñón-corazón, pero se puede dar.

“Una vez obtengamos la autorización por parte del nivel nacional para la realización del trasplante, procederemos de conformidad.”

Así pues, el único procedimiento quirúrgico que le ha sido autorizado al demandante y que se encuentra en ese proceso, es el de trasplante de riñón, para lo cual como lo indicó el Director de la Unidad Renal del I.S.S., el señor Jaime Orlando Vásquez Ortíz ya se encuentra en el listado de espera del nivel nacional. Y en lo que respecta al trasplante simultáneo corazón-riñón, existe una recomendación del cardiólogo tratante con fecha 10 de abril de 2003.

No se explica la Sala por qué si el especialista en cardiología que atendió al señor Vásquez Ortíz el día 10 de abril de 2003, sugirió como única alternativa para mejorar la salud del paciente, un trasplante simultáneo de corazón - riñón, esa entidad no ha realizado ningún trámite tendiente a evaluar la viabilidad de un procedimiento como ése y peor aún, en el informe atrás transcrito sólo hacen mención a este procedimiento por la referencia que ha hecho esta Corporación al respecto y no por la historia clínica que reposa en esa entidad y que debería ser la fuente primaria de información acerca de sus asociados.³⁶

2. En torno a las posibilidades operativas de realizar el procedimiento reclamado por el accionante, valgan las siguientes consideraciones:

La abogada del Equipo Jurídico del I.S.S., en su oficio dirigido al Juez Primero Laboral del Circuito de Medellín manifestó lo siguiente: “El paciente debe estar en un programa de espera tanto para el corazón como para el riñón salvo que éste disponga de un donante vivo en el caso del riñón, lo cual debe comunicarle a la EPS para indicarle los procedimientos para el caso. Para la EPS Seguro Social es casi imposible que coincida un trasplante doble en donde se encuentre donante para riñón y corazón al mismo momento.”

Requerida por esta Corporación, la Dirección General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social allegó un informe presentado a esa entidad por la Corporación Davida,

explicando sus funciones y su competencia para dar respuesta a los interrogantes planteados por esta Corporación. La doctora Blanca Elvira Cajigas de Acosta, Directora General de Calidad de Servicios de Salud informó que:

“La Corporación Davida, fue el organismo no gubernamental delegado por el Ministerio de Salud mediante Resolución 3198 de 1998 para la Coordinación de la Red de Donación y Trasplante y ahora con el Decreto 2493 de 2004 continua su delegación en un periodo transitorio hasta tanto el Instituto Nacional de Salud asuma esta responsabilidad. Dicha Corporación tiene como función la asignación de componentes anatómicos, razón por la cual esta entidad ha solicitado a la Corporación Davida nos informe sobre los planteamientos hechos por usted.”

De la misma manera anexó el informe presentado por la Corporación Davida en el que esa entidad responde el cuestionario enviado por la Corte en los siguientes términos:

“1. De acuerdo a la información existente acerca de trasplantes a nivel nacional, cuántos trasplantes simultáneos de corazón y de riñón han sido practicados en el país y cuáles han sido los resultados?”

“De acuerdo a la información que ha recibido DAVIDA desde 1998 a la fecha se han realizado seis trasplantes simultáneos de corazón y riñón en Colombia discriminados así: 3 Medellín, 2 Bogotá 1 Cali. Aparentemente con resultados satisfactorios pero como el Decreto derogado en Agosto 2004 no lo exigía, no hay indicadores exactos de calidad.

“2. De acuerdo a esta misma información, qué probabilidades existen de que confluyan en un solo momento dos donantes de corazón y de riñón con el objeto de trasplantar a un paciente estos órganos en un solo procedimiento?”

“La probabilidad es alta debido a que la lista de espera de pacientes para trasplantes de corazón es muy pequeña y excepcional que un buen donante cadavérico de corazón no sea un buen donante cadavérico de riñón.

“Por cada paciente que necesite trasplante simultáneo de más de un órgano se requiere un solo donante cadavérico en el que todos los órganos a trasplantar sean aptos.

“3. En caso de presentarse la necesidad de un trasplante de corazón y de riñón como el que

requiere el demandante, es imprescindible que éstos se realicen en la misma intervención quirúrgica?

“Es ideal, debido a que el trasplante simultáneo de éstos órganos facilita el manejo de medicamentos de inmunosupresión, disminuye el riesgo de rechazo de los órganos y probablemente el no poder hacer el trasplante simultáneamente de un mismo donante contraindique la realización de uno de los dos de manera aislada.

“4. Existe una lista de espera independiente para pacientes que requieren trasplantes simultáneos de órganos?

“Sí, son casos afortunadamente excepcionales y desde el punto de vista operacional la Red de Trasplantes debe conocer esta información de manera oportuna.”

Igualmente, fue consultada la Revista Colombiana de Cirugía,³⁷ que en el volumen 14 número de 1999, se refiere a la práctica de un trasplante simultáneo de corazón y riñón a una paciente que padecía graves dolencias cardíacas y renales. Se citan de este caso los siguientes apartes:

“Se presenta el caso de una paciente de 20 años con diagnóstico de insuficiencia renal crónica terminal y cardiopatía dilatada a quien se le practicó trasplante simultáneo de corazón-riñón de un mismo donante, en el Hospital Clínica San Rafael de Santafé de Bogotá, D.C., en octubre de 1996. Recibió terapia secuencial de inmunosupresión. Los dos injertos funcionan adecuadamente y no ha presentado episodio de rechazo agudo. Actualmente el trasplante de órganos sólidos es la terapia de elección para la mayoría de los pacientes con enfermedades terminales de corazón y riñón.

“Alrededor del trasplante de órganos sólidos es la terapia de elección para la mayoría de los pacientes con enfermedades terminales del corazón y riñón.”

Sobre las generalidades del trasplante simultáneo de corazón y riñón se lee lo siguiente:

“El primer trasplante simultáneo de corazón-riñón fue informado en 1978 y desde entonces 23 pacientes adultos y 1 niño, se han beneficiado de este procedimiento. La supervivencia del paciente y de los injertos ha sido similar cuando el método es combinado o cuando solamente se trasplanta uno de los dos órganos en el corto seguimiento que se les ha hecho.

De todas formas, cuando el paciente requiere trasplante combinado, el tratamiento definitivamente debe ser colocado ambos injertos en el mismo acto operatorio.”

De los datos anteriores es dable concluir que el tratamiento reclamado por el demandante es de alto grado de complejidad, pero no imposible como lo calificó la representante legal del I.S.S. Considera la Corte inadmisibile que una entidad prestadora de servicios de salud tienda a catalogar un procedimiento médico complejo en la categoría de “casi imposible”, soslayando su obligación de atención y negando de contera el derecho que tiene su afiliado de acceder a los servicios con ocasión de una patología que pone en peligro su vida. Una vez más, la Corte llama la atención al Seguro Social por la manera como se aparta de su obligación sanitaria, dejando a la deriva la salud de uno de sus afiliados, con pronósticos que nada tienen que ver con la realidad de un tratamiento que paradójicamente ordenan sus propios médicos adscritos.

3. Sobre otras alternativas existentes para tratar las patologías del señor Jaime Orlando Vásquez Ortíz, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente y que ya fueron reseñadas, el trasplante simultáneo de corazón y riñón es la única opción con la que cuenta actualmente, esto en concordancia con los conceptos de dos de sus médicos tratantes. En efecto el doctor Iván Villegas Gutiérrez indicó que “No existe ningún tratamiento diferente al que recibe el la actualidad, además del propuesto trasplante dual. Ambos trasplantes deben realizarse en el mismo momento.” (folio 26 del expediente).

Por lo anterior, considera la Sala que es procedente la presente acción de tutela, reiterando que el derecho a la salud es tutelable cuando su vulneración apareja la violación al derecho a la vida o a la integridad.³⁸ Así, en eventos en los cuales la falta de atención médica o la prestación indebida de este servicio (demoras, incumplimientos, diagnósticos equivocados, pronósticos errados, excusas administrativas, falta de contratos, falta de médicos, etc), implique grave riesgo para la vida de una persona o su integridad, la Constitución Política habilita a los jueces para conceder el correspondiente amparo.

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión, esta Sala de Revisión concederá la tutela pedida pero en el siguiente sentido: Se ordenará a la EPS del ISS que convoque a un comité interdisciplinario independiente, en el que se garantice el principio de autonomía en materia médica. Principio de autonomía

entendido como el que obliga a los profesionales a actuar lo más neutral y objetivamente posible, alejado de criterios de conveniencia que alteren su imparcialidad, tal como lo explicó la Corte en la sentencia T-1025 de 2002.

En este comité participarán los profesionales especializados que según los protocolos existentes para trasplantes deban conceptuar sobre el mismo, para que se pronuncien sobre la conveniencia o no de la cirugía pedida y los aspectos que consideren pertinentes. Allí se evaluarán todos los temas que fueron planteados por el cardiólogo y el nefrólogo tratantes, y todos aquellos que tengan que ver con la información que el paciente necesita para acordar la intervención, como viabilidad y necesidad del trasplante simultáneo de corazón -riñón, riesgos y beneficios, alternativas de tratamiento, utilidad terapéutica del trasplante, los riesgos previsibles somáticos y psicológicos producto de la intervención, las repercusiones que el trasplante puede tener sobre su vida personal, familiar profesional, y en general todo lo que consagra el Decreto 2493 de 2004, en punto a los trasplantes de órganos. Es de tener en cuenta que si la recomendación del Comité es la de no aconsejar el procedimiento, se debe aclarar expresamente si se trata de una recomendación con carácter definitivo o que puede ser nuevamente puesta en consideración en otra oportunidad. El accionante tiene derecho a conocer el dictamen de este comité y para tal efecto, se le debe notificar personalmente lo que allí se decida.

En el evento en que el Comité recomiende el procedimiento, queda en manos del accionante, en ejercicio de su autonomía, otorgar el consentimiento informado para que se realice la intervención de corazón- riñón, para tal efecto debe ser asistido por los profesionales de la salud, pues sólo los psiquiatras pueden conocer si el paciente es apto mental y emocionalmente para dar su consentimiento. De no contar con el consentimiento del paciente, es obvio que la intervención no debe llevarse a cabo.

Resta por señalar que la entidad accionada no podrá oponer al accionante que los tratamientos no se encuentra en el POS, por cuanto el decreto 5261 de 1994 consagra los trasplantes reclamados como integrantes del Plan Obligatorio de Salud.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la situación económica del demandante, pues de serle autorizado el trasplante aquí reclamado en una ciudad diferente a la de Medellín, como en efecto ocurre con el trasplante de riñón que está programado en la ciudad de Cali, no le sería

posible acceder al tratamiento, debido a su comprobada incapacidad económica que le impediría sufragar los gastos que demande su estadía y la de un acompañante durante el tiempo que deba estar lejos de su ciudad de residencia.

La relación entre el transporte de los usuarios de los servicios médicos y la efectividad del derecho a la salud es un problema jurídico ya analizado por la jurisprudencia constitucional. En efecto, en la sentencia T-197/03 la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación estudió el caso de un joven discapacitado, quien requería movilizarse a Cartagena junto con un familiar acompañante, a fin de obtener tratamiento para la epilepsia que padecía. En este caso, la Corte reiteró el precedente jurisprudencial contenido en las decisiones T-900 de 2002 y T-1071 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, según el cual, con excepción de los casos previstos en la ley en que es la entidad prestadora de salud la encargada de suministrar el transporte de sus usuarios³⁹, debe ser el propio paciente o en aplicación del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95-2 de la Constitución Política, su familia, quien asuma estos gastos, a menos que se comprobara debidamente que (i) éste o aquélla no contaba con los recursos necesarios y (ii) de no realizarse el procedimiento médico que requería el transporte a un sitio distinto al lugar de residencia se pondría en riesgo la vida o la integridad física del afectado. Estas condiciones fueron debidamente acreditadas en el presente caso, razón por la cual la Corte concederá el amparo también por este motivo, aclarando que los gastos de traslado del demandante y un acompañante dependen de la aprobación y autorización del trasplante requerido.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor Jaime Orlando Vásquez Ortiz de acuerdo con los considerandos de esta sentencia.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, convoque a un comité interdisciplinario, con la

participación del médico nefrólogo y el médico cardiólogo tratantes del señor Vásquez Ortiz, así como de los demás especialistas que según los protocolos existentes para trasplantes deban conceptuar sobre el mismo, con el objeto de evaluar la situación del actor y proferir la recomendación correspondiente sobre la viabilidad del trasplante simultáneo de corazón-riñón, tal como se expuso en la parte motiva de esta sentencia. Lo decidido por este comité debe ser notificado personalmente al señor Vásquez Ortiz.

El concepto de este comité debe proferirse en un término no mayor de treinta (30) días.

En el evento en que el Comité recomiende el procedimiento, queda en manos del accionante, en ejercicio de su autonomía, otorgar el consentimiento informado para que se realice la intervención de corazón-riñón, para tal efecto debe ser asistido por los profesionales de la salud, quienes evaluarán su aptitud mental para dar el consentimiento. De no contarse con tal consentimiento la intervención no podrá llevarse a cabo.

Tercero. De ser aceptado el trasplante por parte del ciudadano Jaime Orlando Vásquez Ortiz, el Instituto de Seguros Sociales deberá autorizar y disponer de todos los medios a su alcance para la realización de la intervención de corazón-riñón en el término improrrogable de 4 (cuatro) días calendario. Si dicha intervención debe efectuarse en una ciudad diferente a Medellín, el Instituto de Seguros Sociales le deberá proporcionar al demandante y a un acompañante los medios para desplazarse a la ciudad indicada por esa entidad.

Cuarto. SEÑALAR que al Instituto de Seguros Sociales le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo por concepto de transporte del demandante y un acompañante ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Quinto. Para dar cumplimiento a lo señalado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), dispone de un término de seis (6) meses contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Sexto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional. T- 395 de 1998; T- 076 de 1999; T-231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Ver Sentencia No T-271 de 1995. Sentencia T-494 de 1993. Sentencia T- 395/98.

3 Al respecto se deben consultar las sentencias SU- 111 de 1997 ; Su-039 de 1998 ; T-236 de 1998 ; T-395 de 1998 ; T-489 de 1998 : T-560 de 1998, T-171 de 1999, entre otras.

4 Sentencia T-1036 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

5 Sentencia T-597 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Ver sentencias T-1173 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-724 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T794 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería y T-340 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett entre otras.

7 Ver sentencias C-112 de 1998, T- 370 de 1998, T-691 de 1998, T-693 de 2001, T-787 de 2001, T-797 de 2001, T-582 de 2000, T-1169 de 2000, T-906 de 2002, entre otras

8 Sentencia T-369 de 1998, M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.

9 Sentencia T-109 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis

10 Lo propio ocurrió recientemente cuando esta misma Sala autorizó un trasplante ortotópico de hígado (T- 1069 de 2004) una vez que se comprobó en el expediente que existían todas las valoraciones médicas al respecto

11 M.P. Alejandro Martínez Caballero

12 Ibídem

13 Cfr. Sentencia T-1325 de 2001. Esta posición se ha sentado especialmente en torno del problema de determinar si un medicamento o procedimiento contemplado en el POS es idóneo para sustituir a uno no contemplado en el mismo.

14 La lex artis o ley del arte es la regla de la técnica de actuación de la profesión a través de la cual se juzga si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Derecho médico colombiano Guzmán Mora y Franco Delgadillo, Edición 2004. En Colombia las normas que se encargan de regular el ejercicio de la medicina se encuentran básicamente en la ley 14 de 1962, ley 23 de 1981 y el decreto 3380 de 1981

15 La anterior doctrina también ha sido planteada por esta Corporación, desde la sentencia T-477 de 1995 cuando sostuvo:

“Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

“Antonio V, Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que

haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de 'informed consent' en U.S.A. y de 'consentement éclairé' en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. Aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”

“Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.”

Similares consideraciones ha expuesto en las sentencias SU-337 de 1999, T-850 de 2002 y T-1025 de 2002. Recientemente, la sentencia T-1021 de 2003 precisó que en un Estado constitucional respetuoso de los derechos fundamentales, y en especial de la dignidad del individuo, no resulta de recibo aceptar la imposición de determinada visión de bondad (la del profesional de la salud) a quien será el afectado por el inicio o la culminación de un tratamiento. La moderna arquitectura de los derechos, ha dicho la Corte, impide “la aplicación general de un concepto paternalista que reniegue de la posibilidad que tiene el sujeto de controlar su propio destino”. El consentimiento informado es, por consiguiente, no sólo un derecho fundamental del paciente, sino también una exigencia ética y legal para el médico.

16 Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, de fecha 12 de enero de 2001, y también de la misma Sala, sentencia de fecha 11 de mayo de 2001.

17 “Junto a la idea del consentimiento informado suele tratarse el tema de la información que los pacientes han de recibir de sus médicos. Esta relación no es extraña, pues es claro que parte de la configuración del consentimiento como garante de la autonomía es la necesidad de información. La información es un requisito para la adecuada concesión del consentimiento en la medida en que ésta requiere recibir y comprender la información. En la

actualidad, el derecho del paciente a la autodeterminación y el respeto a su libertad son factores preponderantes en la relación médico-paciente, en tal forma que el derecho a la información se constituye en una manifestación concreta del derecho de la protección a la salud y por ende a la vida.

“Desde esta nueva perspectiva, la información es necesaria para que el paciente se haga cargo de su situación, pueda adaptarse a ella, sepa cuándo un tratamiento puede darse por terminado y cuáles son los riesgos y beneficios de tal determinación. El derecho a la información suficiente corresponde, obvio es decirlo, no solo a la persona enferma sino también a la persona sana, y ello como corolario lógico de su derecho a la protección de la salud, lo que le permitirá adoptar medidas de carácter preventivo o actitudes de vida que redunden en un mejor estado de salud.

“El médico debe pues informar al paciente sobre todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá ponerlo al tanto sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios. El objetivo es crear una relación en la que el paciente sepa que la información que se le da es veraz y completa y que puede esperar que se respeten los acuerdos con los médicos.

“Es incontrovertible entonces que el consentimiento debe ir precedido de una información adecuada, esto es, suficiente en cantidad y calidad, pues no podría hablarse de un consentimiento libre y consciente desde el momento en que quien lo otorga no sabe en qué ni por qué. Lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su dignidad, y que esta información sea auténtica, completa y humana, como corresponde a algo tan trascendental como son las decisiones en las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica.” T- 762 de 2004

18 Responsabilidad Civil Médica, Carlos Ignacio Jaramillo

19 La Sentencia T-401/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo al respecto: “... resulta

temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos” F.J. 3.2.3. Por su parte, en la Sentencia SU-337/99 F.J. 17, expresó: “17- No es pues posible, dada la complejidad de los casos concretos, formular unas reglas rígidas sobre el alcance de la información que debe ser suministrada por los médicos. Tan sólo se puede establecer una pauta, como la señalada en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia, la cual permite evaluar, dadas las particularidades de las distintas situaciones, si los profesionales de la salud han cumplido o no con su obligación de información. Sin embargo, tal y como esta Corte ya lo ha indicado en anteriores ocasiones, algunas características de los tratamientos inciden profundamente en el deber de revelación de parte de los médicos y en la importancia de la obtención explícita del consentimiento.” (resaltado fuera de texto).

20 La Corte ha dicho al respecto que: “16. La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado y cualificado. Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, le imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables ...” Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

21 Ver Sentencia T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

22 Ver Sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En un sentido general, ver también SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) F.J. No. 12.

23 *Ibíd.*

24 T-477/95.

25 Sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-411/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-474/96 (M.P. Fabio Morón

Díaz).

26 SU-337/99 F.J. No. 13.

27 SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-337/99 F.J. No. 14, T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

28 T-477/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-411/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-474/96 (M.P. Fabio Morón Díaz); SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) F.J. No. 15. Con todo, en esta última sentencia, la Corte resaltó el carácter excepcional de la situación en la cual el exceso de información resulta perjudicial al paciente. Al respecto destacó: “Con todo, esta Corte precisa que este privilegio terapéutico es excepcional, por lo cual los riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico, no sólo debido a la prevalencia prima facie del principio de autonomía sino también porque diversas investigaciones han concluido que son muy raros los casos en donde se pueda sostener que informar adecuadamente al paciente, con discreción y sensibilidad, es más peligroso para su salud que ocultarle información”

29 Es conocido el debate en la jurisprudencia y doctrina española de la tensión entre el derecho a saber y el derecho a no saber, donde parece primar el de no saber, puesto que en ocasiones si el paciente se entera de su real patología, es muy probable que los efectos adversos se aceleren (circunstancias precipitadas) .“El derecho informado del enfermo.” Antonio Viana Conde y Antonio de Sas F.

30 Sentencia T-401 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos jurídicos 3.2.1 y 3.2.2.

31 Sentencia T-401 de 1994. Fundamento 3.2.3.

32 *Ibíd*em

33 Tal es la conclusión de la Comisión que redactó el informe Belmont. Ver Santos Cifuentes. Derechos personalísimos. Buenos Aires: Astrea, 1995, p 320.

34 Aparece probado que el señor Vásquez Ortiz ha venido siendo tratado con diálisis debido a la insuficiencia renal crónica que padece y por lo mismo se encuentra en el programa de trasplante renal del ISS, de la misma manera que para tratar su patología cardíaca le fue practicado un procedimiento denominado “angioplastia mas stent en coronaria derecha”.

35 Sentencias T-744 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

36 Cfr sentencia T-288 M.P. Alvaro Tafur Galvis

37 Publicación de la Asociación Colombiana de Cirugía.

38 Esta línea ha sido reiterada, entre otras, por la sentencia T-632 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la cual se resume la posición jurisprudencial en los siguientes términos: “(...) el derecho a la salud es un derecho prestacional, que puede adquirir la connotación de fundamental cuando con su afectación resulten vulnerados o amenazados derechos fundamentales como la vida, la integridad de la persona, la dignidad humana u otro derecho fundamental.”

39 De acuerdo con el párrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social), “Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una UPC diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la EPS.”. A su vez, el artículo 4º del Acuerdo 259 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social excluyó expresamente a la ciudad de Riohacha como una de las zonas donde se paga unidad de pago por capitación diferencial mayor.