

Sentencia T-216/08

ACCION DE TUTELA-Procedencia para proteger derecho a la salud

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Doble carácter

ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedencia para proteger derecho a la salud

ACCION DE TUTELA-Eventos en que procede la protección del derecho a la salud de manera urgente

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 1122 de 2007 para dirimir controversias entre entidades promotoras de salud y los usuarios en relación con garantías de prestaciones incluidas en los planes

En relación con la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Asuntos sobre los cuales tiene facultades jurisdiccionales

La competencia en tal materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multiafiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.

DERECHOS DEL PACIENTE-Autonomía como una de las manifestaciones del principio general de libertad

DERECHO A LA SALUD-Conflictos médico paciente

RELACION MEDICO PACIENTE-Necesidad de no dejar de lado el principio de beneficencia

La Corte advirtió asimismo sobre los riesgos que en relación con el tópico tratado tiene cualquier suerte de reduccionismo y alertó sobre la necesidad de no dejar de lado el principio de beneficencia, esto es, la necesidad de que en la relación médico(a) paciente se inviertan todos los recursos posibles para obtener la curación, por cuanto es una obligación del/de la médico (a) efectuar todo lo que esté a su alcance para restablecer la salud del/ de la paciente.

RELACION MEDICO PACIENTE-Deber del profesional de la medicina de informar del modo mas claro, completo, detallado e integral posible sobre los procedimientos tendientes al restablecimiento de la salud

La persona profesional de la medicina esta obligada a informar del modo más claro, completo, detallado e integral posible, qué procedimientos resultan pertinentes para restablecer la salud – entendiendo la salud, claro está, como un concepto amplio que abarca tanto la salud física, como mental, social y emocional – y cuáles son los riesgos que se ligan con su aplicación.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Elección de tratamiento más adecuado

En ejercicio del derecho a la autonomía, los/las pacientes tienen la facultad de optar por una alternativa diferente cuando ella existe o por abstenerse de aplicar el tratamiento recomendado, pues únicamente de esta forma se respetará el derecho de los/las pacientes a elegir aquello que tienen razones para valorar.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Principios fundamentales

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Derecho a resolver –atendiendo el principio de autonomía-, si se somete o no a los procedimiento prescritos o elige una vía distinta

PRINCIPIO DE UTILIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS MEDICOS EXPERIMENTALES Y CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

PRINCIPIO DE ETICA MEDICA-Principios reguladores

El médico/la médica tiene obligación de observar los principios de: (i) Beneficencia, esto es, ha de contribuir a procurar el bienestar del/ de la paciente y, en este orden de cosas, ha de abstenerse de causarle daño. (ii) Utilidad, es decir, que el avance de la ciencia supone poner en movimiento todos los medios de investigación y de experimentación indispensables para el desarrollo de la medicina no únicamente pensando en la solución de padecimientos presentes sino reparando en la población futura. (iii) Justicia, a saber, que se debe garantizar el acceso de la población a los beneficios de la ciencia y que tal acceso ha de darse en condiciones igualitarias y equitativas. (iv) Autonomía es decir que para la práctica de cualquier procedimiento médico ha de contarse con el consentimiento del/ de la paciente.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Intervenciones experimentales

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Alcance

CONSENTIMIENTO CUALIFICADO-En casos de intervenciones riesgosas o invasivas o de incertidumbre sobre el mejor tratamiento o procedimiento para el paciente

INFORMACION MEDICA-Debe ser transmitida de manera profesional con respeto, consideración y compromiso social

DERECHO A LA SALUD-Autonomía del paciente para sometimiento a tratamientos médicos

ACCION DE TUTELA-Protección privilegiada al principio de autonomía del paciente en caso de incertidumbre respecto de cual es la mejor opción médica para tratar la enfermedad

Referencia: expediente T-1.733.975

Acción de tutela instaurada por Edinson Correa Pérez v. Ministerio de Defensa Nacional y otros

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela dictados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, en primera instancia, y por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1.- El actor, Edinson Correa Pérez, de 35 años de edad, es pensionado de la Armada Nacional y padece una enfermedad denominada pseudomixoma peritoneal, la cual le fue diagnosticada el día 20 de marzo de 2003. Esta enfermedad se reconoce como una neoplasia (cáncer) y una de sus manifestaciones clínicas es la producción y acumulación de líquidos en la cavidad abdominal conocida como ascitis. (Expediente a folio 1)

2.- Manifiesta el peticionario por intermedio de su agente oficiosa - la Defensora Pública, Seccional Vichada, Farides Elena Llanes Guardiola -, que este padecimiento afecta de modo ostensible su calidad de vida por cuanto “causa restricción mecánica al desplazamiento de los músculos respiratorios (dificultándose la respiración).” Expresa, que esta situación le produce, además, dolor lumbar permanente por el aumento del perímetro abdominal y por el peso que produce la acumulación de líquidos (dolor de espalda) y restringe, en suma, la realización de sus actividades cotidianas. (Expediente a folio 1).

3.- Relata que el 20 de marzo de 2003 se propone por medio de Junta Médica del Servicio de Cirugía del Hospital Militar Central la realización de paracentesis abdominal descompresiva como alternativa terapéutica y diagnóstica. Señala que este procedimiento consiste en “la introducción de catéter u otro elemento hueco y punzante (vgr., un trocar) a una cavidad y

evacuar el líquido que en ella se encuentra.” (Expediente a folio 1).

4.- Sostiene que el día 7 de abril de 2003 el servicio de oncología del Hospital Militar Central emitió un concepto respecto del diagnóstico y propuso un tratamiento quirúrgico y posteriormente un tratamiento oncológico. Acentuó que él como paciente no había aceptado el tratamiento quirúrgico pues esta “propuesta no aseguraba la resección u control de dicho tumor.” Subraya que “en el mismo documento firmado por el Doctor Javier Ignacio Godoy, especialista en Oncología, con registro médico 5922, se establece un pronóstico de sobre vida del 20% a cinco años en tratamiento, es decir que de 100 pacientes con el mismo diagnóstico que reciben el tratamiento adecuado a los cinco años sobreviven solo 20.” (Expediente a folios 1- 2)

5.- Añade que en varias ocasiones ha necesitado que se le realice paracentesis abdominal descompresiva como única alternativa para evacuar los líquidos acumulados en la cavidad abdominal, procedimiento éste que ha sido efectuado por el doctor Correa en el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE, con cargo a la Armada Nacional – BAFLIM No. 40 – por cuanto el Departamento de Sanidad del Batallón no cuenta con la infraestructura ni los recursos humanos para dicho procedimiento. (Expediente a folio 2).

6.- Indica que durante el año 2007 ha acudido en varias ocasiones al servicio de urgencias del Departamento de Sanidad del Baflim No. 40 y ha solicitado autorización para la realización de paracentesis abdominal en el Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE y que tal solicitud ha sido rechazada por el Teniente de Fragata Hernán Castro, médico cirujano, con registro médico 607260, bajo el argumento de acuerdo con el cual “el Hospital local no cuenta con guía ecográfica, UCI, ni banco de sangre para el tratamiento post quirúrgico, recomendando remisión al Hospital Militar Central,” iniciativa esta que no ha sido aceptada por él por cuanto el clima frío le sienta muy mal y agrava su condición de salud. (Expediente a folio 2).

7.- Subraya que en vista del deterioro que ha tenido su estado de salud, el día 14 de junio de 2007 acudió al Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE para que le realizaran la paracentesis abdominal y pone énfasis en que le tocó asumir el costo del servicio así como la compra del trocar para efectos de realizar el procedimiento. (Expediente a folio 2).

8.- Señala que el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE es una institución prestadora del servicio de salud de segundo nivel de complejidad y cuenta con la habilitación ante la Secretaría de Salud del Vichada de los servicios de Cirugía General y Unidad Transfusional, servicios estos suficientes para realizar la paracentesis abdominal requerida según la Resolución 5261 de 1994 emanada del Ministerio de Salud (MAPIPOS). El Decreto 1011 de 2006 y la Resolución 1043 de 2006 emanada del Ministerio de la Protección Social. (Expediente a folio 2).

9. Insiste, finalmente, en que se le está llenando de nuevo el abdomen de líquidos y acentúa que aún cuando no existe cura definitiva para su enfermedad, “requiere constantemente del tratamiento paliativo que alivie su malestar, cual es la paracentesis abdominal.” Agrega, por último, que no dispone de los “recursos económicos suficientes para sufragar los costos de la atención cada vez que su estado de salud lo amerite.” (Expediente a folio 2).

Solicitud de Tutela.

10.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Edinson Correa Pérez por intermedio de su agente oficiosa exigió que se garantice su derecho a la salud y a llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad y solicitó, en ese orden de ideas, que se ordene a la Armada Nacional - Sanidad Batallón Fluvial de Infantería Marina No. 40 - que autorice el servicio de paracentesis abdominal en el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE cada vez que la condición de su salud lo requiera y la realización de procedimientos y tratamientos que los médicos tratantes sugieran para mejorar su estado de salud y calidad de vida.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

11.- En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Fotocopia de la cédula del ciudadano Edinson Correa Pérez. (Expediente a folio 6)

-Fotocopia del carné de servicios de salud de la Dirección General de Sanidad Militar. (Expediente a folio 7)

-Fotocopias informales de la Historia Clínica del ciudadano Edinson Correa Pérez. (Expediente a folios 8-33)

-Copia de la Factura de Venta 1002 del 8 de junio de 2007 expedida por INVERSUM Ltda. Por la compra de un trocar desechable de 10/12mm. (Expediente a folio 34)

-Copia de la Factura de Venta 554417 del 14 de junio de 2007 expedida por el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE, por la realización de una paracentesis abdominal con cargo a Edinson Correa. (Expediente a folio 35)

-Copia de la Factura de Venta 30999 del 16 de febrero de 2005 expedida por el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE, por la realización de una paracentesis abdominal con cargo a la Armada Nacional. (Expediente a folio 36)

Respuesta de las Fuerzas Militares de Colombia. Batallón Fluvial de Infantería de Marina No 40. Establecimiento de Sanidad Militar 4030

12.- En respuesta al Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño, el Jefe de Establecimiento de Sanidad Militar 4030, Teniente de Fragata, Hernán Castro Vargas, hizo las siguientes consideraciones sobre la tutela de la referencia.

Dijo el Jefe de Sanidad, que al ciudadano Edinson Correa se la habían brindado de manera oportuna y pertinente los servicios de salud, tal como consta en la historia clínica del paciente. Manifestó que por tratarse de una patología de IV nivel de atención, ha sido asumida por el Hospital Militar Central de la ciudad de Bogotá desde el mismo momento en que le fue diagnosticada su enfermedad.

Luego de hacer una descripción del cuadro clínico del paciente (Expediente a folio 47), manifestó que hasta la fecha recibía manejo sintomático y paliativo con analgésicos y diuréticos. Señaló que en el curso del año 2007 el paciente consultó en varias ocasiones en el Establecimiento de Sanidad Militar 4030 “por el hallazgo clínico de un aumento progresivo en el diámetro abdominal asociado a disnea de pequeños esfuerzos y dolor torácico por fenómeno restrictivo.” Agregó que en vista de lo anterior, se resolvió enviar al paciente de urgencia al Hospital Militar Central “para valoración por el servicio de cirugía general y tratamiento integral.” Aclaró que el Establecimiento de Sanidad Militar 4030 no contaba con “la información de contrarreferencia del Hospital de IV nivel.”

Dijo, más adelante, que el 8 de mayo de 2007 el paciente reconsultó de nuevo al servicio de

urgencias del Establecimiento de Sanidad Militar 40 30 “por presentar Edema en miembros inferiores, aumento del perímetro abdominal, poca tolerancia a la vía oral con emesis postprandial, astenia y adinamia.” Agregó que en el examen físico el paciente presentaba “hipoventilación de bases pulmonares, ascitis a tensión, presencia de circulación colateral abdominal y sonda peritoneal no funcional.” Sostuvo que en vista de lo anterior, se le realizó una impresión diagnóstica de ascitis maligna a tensión, síndrome paraneoplásico, desnutrición, síndrome anémico secundario, motivo por el cual se implementa tratamiento médico inicial y se [remitió] al servicio de urgencias del Hospital Militar Central para valoración por el servicio de cirugía general y manejo nutricional.”

Informó el Jefe del Establecimiento de Sanidad Militar 4030 que en el Establecimiento de IV Nivel no se le había realizado al paciente ningún procedimiento quirúrgico del líquido ascítico abdominal por los servicios especializados tratantes, teniendo en cuenta los resultados de los exámenes imagenológicos y conclusión clínica de los mismos. Manifestó a renglón seguido, que el día 12 de junio de 2007 el paciente asistió al Establecimiento de Sanidad con su esposa y solicitó una orden de autorización para la práctica de una paracentesis decompresiva con un TROCAR EXCEL DESECHABLE 10/12 mm. Indicó que ante esta solicitud, la Jefatura del Establecimiento de Sanidad Militar había indagado si a la fecha se contaba con el servicio de cirugía general en la red externa contratada (Hospital Regional San Juan de Dios) y señaló que el resultado había sido negativo y que el paciente había mencionado la práctica del procedimiento por parte de un médico general de planta de ese centro hospitalario.

Añadió, que se le había explicado al paciente cómo “por motivos de pertinencia médica era recomendable la práctica del procedimiento por personal médico especialista idóneo al igual que con guía ecográfica del mismo con el fin de disminuir las complicaciones quirúrgicas.” Dijo asimismo que según el portafolio de servicios presentado por el Hospital San Juan de Dios, este centro hospitalario no contaba con unidad de banco de sangre ni con unidad de cuidados intensivos para el tratamiento de posibles complicaciones pos operatorias “ya que el paciente por su patología de base [padecía] un síndrome constitucional, anémico y nutricional que aumenta la frecuencia de complicaciones en el procedimiento mencionado.”

Sostuvo más adelante que “con el fin de ofrecer una alternativa terapéutica de mayor seguridad y confiabilidad se propuso la remisión al Hospital Militar Central para la respectiva

valoración por el servicio de cirugía general y oncología” dado que este centro hospitalario cuenta con las instalaciones, infraestructura, recursos humanos, técnicos, administrativos y científicos necesarios para ofrecer un procedimiento quirúrgico y una recuperación pos operatoria de mayor calidad y seguridad además de “ser el Centro de Referencia primario de IV Nivel para el Establecimiento de Sanidad Militar 4030. Indicó de inmediato que esta posibilidad había sido rechazada por el paciente.

Según el Jefe del Establecimiento de Sanidad Militar 4030, la entidad ha dado cumplimiento a los protocolos de referencia y contrarreferencia y ha buscado ofrecer un mejor servicio de salud para el bienestar y mejoría clínica del paciente mencionado. No obstante lo anterior, indicó que había oficiado al Hospital San Juan de Dios para que certificara si ese establecimiento médico cumplía con los requisitos de habilitación mínimos y con la capacidad técnica, científica y administrativa para la práctica de una PARACENTESIS ABDOMINAL CON TROCAL EXCEL DESECHABLE 10-12 mm en un paciente con Ascitis Maligna Tabicada secundaria a neoplasia peritoneal y pidió que se estableciera si en esa entidad existía personal idóneo para la práctica del mencionado procedimiento y la capacidad para el tratamiento de “posibles complicaciones pos quirúrgicas que se deriven del procedimiento mencionado, teniendo en cuenta igualmente el síndrome constitucional del paciente.”

De esta manera, agregó, se tendrían elementos de juicio, tanto clínicos como legales para la autorización del servicio solicitado “en vista que la pretensión de la acción de tutela incoada por [el paciente] busca la autorización del procedimiento en fechas futuras, habida cuenta que en la actualidad el procedimiento ya fue realizado en su momento, y de no ser así [se estaría] ante un hecho superado lo cual desborda la finalidad del artículo 86 de la Norma Superior, que no es otra cosa que buscar la protección inmediata de los derechos fundamentales que están siendo vulnerados de manera actual o se evidencia una violación inminente de esos derechos.”

Insistió el Jefe del Establecimiento de Sanidad Militar en que el régimen de referencia y contrarreferencia lo facultaba para “que [existiera] un tránsito de pacientes de un Establecimiento de Sanidad Militar de menor Nivel de atención hacia otro de mayor Nivel de atención o grado de complejidad, según el caso.” Subrayó que se [buscaba] siempre cumplir “con el objeto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares el cual [era] el de brindar atención en salud a cada uno de sus afiliados y beneficiarios. Manifestó, de otra parte, que el

órgano de mayor nivel y grado de complejidad del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares [era] el Hospital Militar Central e indicó que de conformidad con el artículo 14 del Acuerdo 004/97 CSSMP el grado de complejidad se [definía] según las características que al interior de cada nivel de atención [pudiera] identificarse de acuerdo con la diferenciación de recursos humanos, locativos, y/o tecnológicos.” Dijo que no menos importante resultaba ser el hecho de que las diferentes Direcciones de Sanidad Militar [debían] ceñirse “en lo que [tenía] que ver con administración de recursos en la forma y términos contemplados por la Constitución Nacional y la Ley, esto es, [que debían] implementar y aplicar las políticas que como ente superlativo de salud en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional [estableciera] el Consejo de Salud de estas Fuerzas, en coordinación con los planes y políticas que sobre el tema de salud [contemplara] la normatividad particular para los regímenes de excepción.

Finalmente, se refirió a la necesidad de no incurrir en una indebida utilización de los recursos y acentuó que era indispensable utilizar los recursos asignados en el presupuesto anual para cada entidad del modo señalado en la legislación por cuanto, de lo contrario, los Establecimientos de Sanidad Militar podían verse involucrados en graves sanciones por incumplimiento de los postulados “ya sea en materia presupuestal o penal, ambos de arraigo constitucional, razón por la cual antes de autorizar el servicio solicitado, [debía] tenerse la certeza que la entidad ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS de Puerto Carreño se [encontraba] debidamente autorizada para la realización del examen.”

Por último, indicó los motivos por los cuales el Juzgado Promiscuo de Circuito de Puerto Carreño no tenía competencia para fallar en el asunto sub examine. (Expediente a folios 50-51) y solicitó denegar la tutela por improcedente.

Respuesta de la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño

13.- En respuesta dirigida al Juzgado Promiscuo de Circuito de Puerto Carreño, la Directora (E) de la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño, Luz Stella Valderrama Cardona, informó lo que se transcribe a continuación:

“La ESE Hospital Departamental San Juan de Dios en la actualidad cuenta con un equipo de Ecografía equipado (sic) con guía para la eventualidad de tener que realizar un procedimiento de precisión intraabdominal; no cuenta con UCI, ni Banco de Sangre, pero se mantienen reservas de sangre que son renovadas periódicamente para el tratamiento de

urgencias que requieran este tejido. / Una vez revisada la historia clínica del señor EDINSON CORREA PÉREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 78.709.368 se pudo constatar que en repetidas oportunidades se le realizó en este Hospital el procedimiento denominado PARACENTESIS ABDOMINAL DESCOMPRESIVA, en los que no se presentó ninguna complicación. / En lo referente a la posibilidad de que al paciente se le realice un nuevo procedimiento en debida forma, me permito precisar lo siguiente: el procedimiento DECOMPRESIÓN ABDOMINAL del señor CORREA PÉREZ ha ido adquiriendo complejidad con el transcurso del tiempo ya que el tumor ha crecido, el líquido se hace más rico en proteínas y por lo tanto se melifica y han aparecido tabiques intraperitoneales. Todo ello ha hecho que el proceso de drenaje que inicialmente se realizaba con aguja requiera ahora de instrumental de mayor calibre como un trocar o de una mini laparotomía. Todas estas circunstancias se han explicado al paciente y se ha insistido en que por el tipo de enfermedad que presenta el proceso es irreversible, progresivo y que el tratamiento además de ser únicamente paliativo se puede ver complicado por una infección peritoneal y/o por la ausencia de cierre de las heridas debido a su estado de desnutrición, por lo que se le ha recomendado tratamiento de tercer nivel al que ha sido remitido en varias ocasiones, pero el paciente manifiesta que en el Hospital Militar Central no le han hecho drenaje arguyendo las mismas razones, por lo que finalmente continúa con su molestia, la que ha llegado a ser tan intensa que le restringe funciones como la respiración. Vista la situación en forma global y considerando que se trata de un paciente Terminal es necesario ofrecerle las condiciones de bienestar que le permitan pasar lo que reste de vida de la mejor forma posible. Nuestro Hospital está en capacidad de realizar una paracentesis guiada o no, una mini laparotomía o una laparotomía como cualquier Hospital de segundo nivel en el país. Estamos en capacidad de tratar las complicaciones que se presenten al menos en forma inicial, para que dado el caso el paciente pueda ser remitido a un nivel de mayor complejidad. Es claro para este Hospital que el paciente requiere un tratamiento integral en una institución adecuada como también es claro que en caso de que dicho tratamiento no le sea prestado nosotros debemos resolver las situaciones urgentes en las que el paciente requiera nuestra intervención y en esa medida si el señor EDINSON CORREA PÉREZ requiere de la prestación de un servicio cuya complejidad esté a nuestro alcance estamos dispuestos a brindárselo y daremos trámite a la remisión respectiva cuando la situación desborde nuestra capacidad.”

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera instancia

14.- En sentencia emitida el día 17 de julio de 2007, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio. Sala de Decisión Civil Laboral y de Familia resolvió negar la tutela. Consideró que la entidad demandada en ningún momento había vulnerado o amenazado vulnerar los derechos constitucionales fundamentales del peticionario. Dijo que a partir de un análisis de la historia clínica allegada al expediente podía constatarse que “el Departamento de Sanidad del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 40 desde el año 2003, cuando le fue diagnosticada la enfermedad ‘pseudomixoma peritoneal’ se dispuso, por orden del Hospital Militar Central, la realización del tratamiento médico denominado ‘paracentesis abdominal descompresiva’ por intermedio del Hospital Departamental San Juan de Dios ESE de Puerto Carreño, el cual se le venía realizando permanentemente.

Opinó que dado el estado progresivo de la enfermedad, el peticionario debía ser tratado en un centro hospitalario de III o IV nivel, pues los de menor nivel no contaban con la infraestructura necesaria para realizar el procedimiento por lo que le recomendaron acudir al Hospital Militar Central, alternativa esta que no fue aceptada por el actor. El a quo estimó que a partir de las pruebas que obraban en el expediente, en el caso bajo examen resultaba “obvio que la accionada en ningún momento [había] amenazado o vulnerado el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas del peticionario por cuanto “en ningún momento se [había] rehusado a darle el tratamiento médico asistencial, quirúrgico que [fuera] necesario para mejorarle su calidad de vida.” Encontró el despacho que ha sido “el paciente quien se ha negado a trasladarse a la ciudad de Bogotá para su valoración por cirugía general y oncología en el Hospital Militar Central.” Subrayó cómo incluso la entidad demandada estaba dispuesta a ofrecerle los pasajes aéreos para que el paciente se trasladara y estaba lista a brindarle “el acompañamiento paramédico requerido.”

Consideró el Tribunal que lo anterior no era óbice para advertir al Establecimiento de Sanidad Militar 4030 del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 40 que en lo sucesivo le siguiera prestando al peticionario “el tratamiento multidisciplinario (intervenciones quirúrgicas, medicamentos, procedimientos y demás) que [requiriera] para una mejor calidad de vida.”

Impugnación

15.- En el escrito de impugnación la ciudadana Farides Elena Llanes Guardiola, Defensora Pública, Seccional Vichada, actuando en calidad de agente oficiosa del peticionario encontró que el a quo incurrió en grave yerro al concluir que en el caso examinado no se había producido una vulneración de derechos constitucionales fundamentales. En su opinión, tampoco es cierto, como lo afirmó el a quo, que el tratamiento paracentesis abdominal descompresiva hubiese sido autorizado para ser realizado en el Hospital San Juan de Dios ESE de Puerto Carreño, “pues como se expuso en los hechos que motivaron la acción y en la pruebas que obran en el expediente, la Junta Médica del Servicio de Cirugía del Hospital Militar Central propone la realización de paracentesis abdominal descompresiva como alternativa terapéutica y diagnóstica para tratar la enfermedad del señor Correa practicándose allí mismo dicho procedimiento; luego el servicio de oncología del mismo centro de salud propone la resección del tumor y como el paciente no aceptó el tratamiento quirúrgico sugerido, es retornado a su lugar de residencia, cual es el municipio de Puerto Carreño - Vichada y cuando posteriormente a ese hecho el afectado tuvo episodios de ascitis, necesitó la práctica de la paracentesis abdominal quien da la orden al Hospital Departamental de Puerto Carreño ESE de atender al señor Correa es el servicio de sanidad del Batallón Fluvial de Infantería Marina No. 40 con sede en el municipio de Puerto Carreño, que corresponde al primer nivel de atención de los afiliados al régimen especial de seguridad social de salud de las Fuerzas Armadas, y es cierto que dicho procedimiento se venía realizando permanentemente.

En lo relativo a la afirmación según la cual el Hospital San Juan de Dios ESE de Puerto Carreño no cuenta con la infraestructura indispensable para continuar realizando el procedimiento solicitado por el peticionario, esto es, la paracentesis abdominal, insistió la recurrente en que “no se [encontraba] acreditada tal [circunstancia] y no se [podía] inferir ésta del nivel de complejidad del centro hospitalario, pues si antes era idóneo para realizar el procedimiento denominado paracentesis abdominal ¿por qué ahora no si se trata de lo mismo?” Recalcó que era un capricho del Departamento de Sanidad del Baflim No. 40 no autorizar la práctica del procedimiento en el lugar sede de la residencia del afectado, “pues la única alternativa que le dejan es la operación.”

Admitió que el servicio de urgencias del Departamento de Sanidad del Baflim No. 40 había recomendado remisión al Hospital Militar Central “iniciativa esta que”, enfatizó, “no [fue] aceptada por el paciente PUES EL CLIMA FRÍO LE SIENTA MUY MAL, AGRAVANDO SU

CONDICIÓN DE SALUD. Puso énfasis en que este aspecto no fue tenido en cuenta por el fallador, quien “simplemente notó que el paciente se [había negado] a la remisión mas ignoró los motivos de su decisión.”

Acentuó la ciudadana Llanes Guardiola, Defensora Pública Seccional Vichada, que de ninguna manera se ponía en duda la capacidad tecnológica y científica del Hospital Militar Central para efectuar un procedimiento quirúrgico. Destacó, sin embargo, que lo que aquí cobraba relevancia era que “que el paciente rechazó la alternativa quirúrgica pues, como se indicó y obra en la historia clínica, dicha propuesta no asegura la resección o control del tumor causa de su estado, estableciéndose un pronóstico de sobre vida del 20% a cinco años en el tratamiento, es decir que de 100 pacientes con el mismo diagnóstico que reciban el tratamiento adecuado a los cinco años sólo sobrevivirán 20.”

Hizo hincapié en que la información referida, estaba contenida en documento firmado por el médico especialista en oncología, Javier Ignacio Godoy, y destacó que el peticionario temía “morir en el intento de reseca el tumor que le aqueja, pues existe el 80% de posibilidad de morir.” Puso énfasis en que la solicitud de amparo perseguía que se le brindara al actor el tratamiento paliativo por el que había optado, el cual, incluso fue sugerido por la Junta Médica del Hospital Militar Central, “dictamen éste al que” insistió, “ha de dársele más peso que al de un especialista o al de un médico general, toda vez que se trata de un cuerpo colegiado y multidisciplinario del más alto nivel.”

Finalmente, reiteró que lo que pretendía el actor es que se le concediera el tratamiento paliativo en el lugar de residencia pues de esta manera se garantizaba que pese a las circunstancias que enfrenta el peticionario, dada la enfermedad terminal que padece, pueda llevar una vida en condiciones de calidad y de dignidad. Llamó la atención acerca de que someterse a la intervención significaría para el ciudadano Edinson Correa Pérez un riesgo que el no deseaba asumir y exigió que se le respetara su derecho a optar por preservar su vida en condiciones de calidad y de dignidad.

Segunda instancia

16.- En sentencia emitida el día 28 de agosto de 2007, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, resolvió confirmar la sentencia proferida por el a quo. El ad quem estimó que “de entrada se [evidenciaba] la imposibilidad para acceder a lo pretendido” dado que, como

lo había puesto de manifiesto el a quo, lo que se buscaba era proporcionar al peticionario una alternativa terapéutica de mayor seguridad y confiabilidad. Lo anterior se obtenía, a su juicio, remitiendo al actor al Hospital Militar Central, establecimiento éste que contaba “con las instalaciones, la infraestructura, recursos humanos, técnicos administrativos y científicos necesarios para ofrecer un procedimiento quirúrgico y una recuperación postoperatoria de mayor calidad y seguridad.”

Añadió el ad quem que el amparo no podía traducirse en una práctica encaminada a poner en tela de juicio “los procedimientos médicos que deban dispensarse”, porque ello equivalía a “invadir los criterios del cuerpo médico y científico tratante.” Por las razones expuestas, decidió confirmar la sentencia proferida por el a quo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

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

Planteamiento del caso concreto y problema jurídico objeto de estudio.

2.- El ciudadano, Edinson Correa Pérez, es pensionado de la Armada Nacional y padece una enfermedad denominada pseudomixoma peritoneal o neoplasia (cáncer). Dentro de las manifestaciones clínicas de este padecimiento se encuentra la producción y acumulación de líquidos en la cavidad abdominal conocida como ascitis. Esta sintomatología afecta de manera considerable la calidad de vida del peticionario y le genera serias limitaciones de movilidad, dificultándole, de paso, la respiración. El dolor lumbar que le produce tal circunstancia es también permanente dado el aumento del perímetro abdominal y el peso producido por la acumulación de líquidos.

La Junta Médica del Servicio de Cirugía del Hospital Militar Central de Bogotá le recomendó en marzo de 2003 como alternativa terapéutica y diagnóstica la realización de una paracentesis abdominal descompresiva que consiste en introducir un catéter y otro elemento hueco y punzante, por ejemplo, un trocar, a una cavidad y evacuar el líquido que en ella se

encuentra. En abril del mismo año, el servicio de oncología de ese establecimiento hospitalario emitió concepto con relación al diagnóstico y le propuso al actor la realización de un procedimiento quirúrgico que debía ser complementado con un tratamiento oncológico.

En el documento que contiene la descripción del procedimiento, firmado por el médico Javier Ignacio Godoy, se establece que las posibilidades de que el mismo tenga éxito es del 20%, esto es, que de cada 100 pacientes con el mismo diagnóstico que se lo practican y reciben el tratamiento por cinco años, tan solo 20 sobreviven. En vista de lo anterior, el peticionario rechaza la opción de someterse a la intervención quirúrgica y solicita que se le realice el tratamiento paliativo - la paracentesis abdominal descompresiva - por ser esta la vía para controlar la acumulación de líquidos en la cavidad abdominal. Este procedimiento fue practicado en el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE mejorándole la calidad de vida.

No obstante lo anterior, la solicitud para practicarse la paracentesis en el Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE ha sido rechazada por el Teniente de Fragata Hernán Castro, médico cirujano, quien argumenta que dicho Hospital no cuenta con guía ecográfica, UCI, ni banco de sangre para el tratamiento post quirúrgico y recomienda una remisión del paciente al Hospital Militar Central ubicado en la ciudad de Bogotá.

El peticionario se niega a someterse a la operación y ante los argumentos expresados por la entidad demandada insiste en que ha resuelto optar por la vida y no correr el riesgo de perderla en la intervención. Acentúa que trasladarse a Bogotá significa para él una carga adicional por cuanto el clima frío le sienta muy mal. Considera que pese a la enfermedad catastrófica que sufre tiene derecho a vivir sus últimos días en condiciones de dignidad y de calidad y para ello el tratamiento paliativo practicado en el Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE resulta indispensable. La protección de ese derecho debe ser garantizada por la entidad demandada.

La entidad demandada sostiene que no ha desconocido los derechos constitucionales fundamentales del peticionario y aduce que lo que ha pretendido en todo tiempo es prestarle los mejores servicios en el lugar que cuenta con la infraestructura más adecuada como lo es el Hospital Militar Central de Bogotá. Advierte que los padecimientos sufridos por el peticionario son progresivos e irreversibles y requieren la atención por parte de instituciones

hospitalarias de III y IV nivel.

A solicitud del Juzgado Promiscuo de Circuito de Puerto Carreño, la Directora del Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño, ESE, respondió que si bien era cierto el hospital que ella dirige no contaba con UCI, ni disponía de Banco de Sangre, no menos cierto era que dicha entidad hospitalaria mantenía reservas de sangre que se renovaban de modo periódico para el tratamiento de urgencias. Afirmó que una vez revisada la historia clínica del peticionario se constató que le había sido practicado en varias ocasiones el procedimiento Paracentesis Abdominal Descompresiva sin que se hubiese presentado complicación alguna.

Subrayó que en vista del carácter progresivo e irreversible de la enfermedad padecida por el actor, se le habían explicado los riesgos que enfrentaba, a saber, que en la práctica del procedimiento podía sobrevenir “una infección peritoneal y/o ausencia de cierre de las heridas debido a su estado de desnutrición” y se le había recomendado acudir a un centro hospitalario de III nivel.

Los jueces de instancia negaron el amparo invocado. Consideraron que la entidad demandada no había desconocido los derechos constitucionales fundamentales del actor sino que, por el contrario, había estado atenta a prestarle los servicios de salud por él requeridos.

En el escrito de impugnación, la Defensora Pública Seccional Vichada, Farides Llanes Guardiola, quien obra en calidad de agente oficiosa del actor, alegó que el fallo emitido por el a quo - confirmado luego por el ad quem - había incurrido en grave yerro al tener como cierto que por orden del Hospital Militar Central el tratamiento paliativo denominado paracentesis abdominal descompresiva se estuviese efectuando por intermedio del Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE. Esto, en opinión de la recurrente, no es cierto. La solicitud de práctica del procedimiento se ha negado varias veces y el peticionario ha tenido que sufragar los costos del mismo con sus propios recursos que son escasos. Insistió el escrito de impugnación en la necesidad de proteger el derecho del peticionario a optar por no someterse a una cirugía que no le reporta sino un 20% de seguridad sobre el éxito de su resultado y exigió que se le suministrara al actor el tratamiento paliativo que le brinde la posibilidad de vivir el resto de su existencia en condiciones de dignidad y de calidad.

Problema Jurídico.

3.- En atención a los hechos y a los documentos que obran como medio de prueba en el expediente, esta Sala de Revisión debe verificar si una entidad prestadora de salud desconoce los derechos fundamentales constitucionales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad y de calidad de una persona que padece enfermedad terminal (cáncer) al negarle el derecho de optar por el tratamiento paliativo idóneo para aliviarle los padecimientos que desencadena su enfermedad así como el derecho a elegir el lugar en el que ha de practicarse tal procedimiento bajo el argumento según el cual dado el carácter progresivo e irreversible de su enfermedad, existe un riesgo alto de que se complique el procedimiento paliativo y el lugar elegido por el paciente no cuenta con la infraestructura para atender las complicaciones que eventualmente se puedan presentar.

4.- A fin de resolver el problema jurídico, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) protección del derecho a la salud por acción de tutela; (ii) el derecho a la salud comprende asegurar un consentimiento informado de las/los pacientes así como la necesidad de adoptar medidas - curativas, paliativas o mitigadoras del dolor - que estén al alcance de las personas profesionales de la medicina para mejorar la calidad de vida y evitar sufrimientos y dolores excesivos. Criterios jurisprudenciales; (iii) el caso concreto

Protección del derecho constitucional fundamental a la salud por acción de tutela

5.- Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional fundamental y servicio público¹-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

En este orden de ideas, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y

garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

6.- En relación con la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela, ha expresado la Corporación que la salud no es un derecho fundamental cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La implementación práctica de este derecho implica no desconocer su faceta prestacional, asunto éste, que obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que la eficacia de este derecho tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la puesta en vigencia de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

7.- De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

Justo en esa misma línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el

contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

8.- A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

9.- Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo."³ De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

10.- En relación con la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122/07 art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en tal materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii)

problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud⁴.

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

11.- Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares – en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente⁵ de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define por medio de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

12.- No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la

sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"⁶. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

La protección del derecho a la salud comprende asegurar un consentimiento informado en tanto expresión del derecho a la libertad de decisión autónoma de las/los pacientes así como la necesidad de adoptar medidas - curativas, paliativas o mitigadoras del dolor - que estén al alcance de las personas profesionales de la medicina para mejorar la calidad de vida de los/las pacientes y evitarles sufrimientos y dolores excesivos. Criterios jurisprudenciales.

13.- Como se verá en el desarrollo del presente acápite, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del/ de la paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece y abarca, en tal sentido, la necesidad de asegurar un consentimiento informado del/de la paciente así como su derecho a que - una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se ligan -, pueda optar de modo libre y autónomo porque se le practique o no el tratamiento prescrito.

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional en sede de tutela ha enfatizado asimismo la necesidad de que las personas profesionales de la medicina adopten medidas que estén a su alcance para mejorar la calidad de vida de los/las pacientes y evitar que se vean sometidos (as) a extremos sufrimientos y dolores. Un repaso de algunas de las sentencias más relevantes en torno a estos tópicos confirmará lo dicho.

14.- En la sentencia T-401 de 1994 le correspondió a la Corte Constitucional resolver si se habían o no vulnerado los derechos constitucionales fundamentales de una persona quien a raíz de una deficiencia renal crónica había sido tratada por medio de un sistema ambulatorio conocido como diálisis peritoneal consistente en "el intercambio de soluciones líquidas y electrólisis llevada a cabo por un dispositivo externo que se introduce en la cavidad

abdominal.” El peticionario de la tutela había sido atendido en la Clínica de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca. Allí le habían procurado el tratamiento y le habían suministrado los implementos así como los medicamentos que requería mensualmente previa autorización del médico tratante.

En el transcurso del tratamiento se comenzó a deteriorar la relación médico paciente. El médico le reprochó al paciente el no haber sido puntual con el cumplimiento de las citas médicas y resolvió prescribirle un tratamiento más estricto “hasta el punto de exigirle la presentación y el conteo, en la clínica misma, de los recipientes vacíos que contenían los líquidos usados en el tratamiento. En una ocasión el peticionario se negó a realizar este procedimiento, motivo por el cual el médico decidió enviarlo, sin advertirle de qué se trataba, a la Unidad de Salud Mental, para someterlo a una valoración por parte del psiquiatra y la psicóloga de la Clínica⁷.”

El problema jurídico que se planteó la Corte en aquella ocasión fue el siguiente⁸. En primer lugar, consideró la Sala de Revisión que debía determinar si el paciente se encontraba en condiciones síquicas de manifestar su consentimiento sobre el tratamiento, esto es, que debía indagar sobre los alcances de la libertad y la autonomía en relación con aspectos relativos a la garantía del derecho a la salud. Luego, estimó que resultaba indispensable responder si en caso de desavenencias entre el médico y el paciente acerca del tipo de tratamiento que debe aplicarse en un caso determinado puede el médico “decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada.”

Para resolver estos interrogantes dividió la Sala en cuatro partes sus consideraciones: “el supuesto fáctico del estado psíquico del peticionario. Posteriormente se analizará el tema de la autonomía en la relación médica, como el asunto esencial llamado a resolver. Un tercer punto tratará los antecedentes jurisprudenciales relativos a la relación médico paciente y, finalmente, en un último apartado se analizará el caso concreto a la luz de los postulados obtenidos en el desarrollo previo.” Dado que en el caso sub examine tiene un particular interés el tema relativo a la autonomía del/de la paciente y al deber de apoyo, comunicación, información y asistencia en la relación médica, esta Sala de Revisión hará una síntesis de los principales puntos tratados por la Corte en la referida sentencia y en otras sentencias que se mencionarán a continuación.

De una parte, destacó la Corporación la importancia de garantizar una comunicación fluida entre médico (a) y paciente, algo que, insistió, se resalta de modo especial en los manuales de ética médica así como en los textos de bioética. Destacó que los tratamientos para recuperar la salud debían ser considerados como globales y complejos y recalcó la importancia que adquiere el elemento discursivo en la relación médico (a) paciente. Dijo al respecto que:

“la comunicación entre médico y paciente no sólo es importante desde el punto de vista del respeto de la dignidad humana, sino también desde la perspectiva terapéutica. El [la] paciente necesita, además de querer la curación, creer en [el/] ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla. (...) En la sociedad secularizada actual, los médicos cumplen una labor que antes correspondía en buena parte a los sacerdotes: la función de escuchar, comprender, aconsejar y aliviar. Por eso su tarea es integral. No se reduce al conocimiento instrumental, de tipo clínico, sino que debe tener en cuenta el ser humano, con sus vicisitudes, en su contexto social y familiar.”

Señaló que si bien era cierto en el momento de adoptar decisiones en torno a cuáles eran los medios indispensables para recuperar la salud – lo que durante mucho tiempo se creyó no era del resorte de los(as) pacientes – en los tiempos actuales tal visión, paternalista en exceso, ha sido reemplazada por otra en la que los valores relacionados con la autonomía personal del paciente cobran particular relevancia al estar estos valores conectados con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas.

En la referida sentencia T-401 de 1994, hizo alusión la Corte al concepto de autonomía como una de las manifestaciones del principio general de libertad consignado en la Constitución Nacional (artículos 13, 16 y 28) y sostuvo en esta misma línea de orientación que “el derecho específico de la autonomía del/de la paciente que lo/la faculta a adoptar decisiones relativas a su salud, emanaba precisamente del principio general de libertad.

Admitió la Corte no obstante, que esta era una afirmación general y no resolvía, por tanto, todas las dificultades presentes en cada caso concreto. Dependiendo de las circunstancias de cada asunto específico surgían interrogantes adicionales que no podían ser subsumidos bajo una regla general y debían ser estudiados de modo concreto: ¿cuáles son, por ejemplo, los alcances que debe dársele a la autonomía de personas con limitaciones psíquicas o mentales

cuando se trata de adoptar decisiones sobre su propia vida? ¿Es factible que el Estado imponga decisiones que restringen la autonomía de las personas bajo el argumento de evitarles que incurran en actuaciones “que objetivamente perjudican su salud o integridad física?”

La Corte hizo un recuento de los enfoques más representativos y analizó, de una parte, el punto de vista que denominó autonomista, esto es, aquella óptica orientada a defender “las decisiones personales incluso cuando se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud.” Manifestó en relación con lo anterior lo siguiente:

“Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aún cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como “voluntad débil”. El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo de cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida. /Según esta tesis, no es necesario, por lo menos en principio, que la persona tenga conciencia exacta de cuáles son sus mejores intereses y que tenga claridad sobre los riesgos que acarrea la decisión que toma.” “

Explicada la autonomía en esos términos, acentuó la Corte, resulta factible que cada quien pueda hacerse responsable de su vida de conformidad con su propia personalidad. Permite que las personas guíen sus propias vidas y puedan optar por aquello que tengan razones para valorar. Con ello no se pasa por alto que en ocasiones las personas podrán incluso tomar decisiones que reflejen “su debilidad, indecisión, capricho, o simple irracionalidad.” Lo que se logra es, más bien, independizar “el valor de la autonomía, de las consecuencias que produce su ejercicio en una situación específica.”

La perspectiva que la Corte denominó paternalista, se encamina, por el contrario, a considerar al paciente como un objetivo del aparato hospitalario que se puede instrumentalizar para obtener un resultado “eficiente” determinado. La Corte advierte sobre los peligros que una óptica así puede llegar a representar cuando enfatiza: “[e]l desarrollo de la tecnología y la capacidad de prolongar la vida por medio de la implantación de máquinas

que sustituyen funciones vitales” conduce a prolongar en el tiempo situaciones que terminan desconociendo de manera flagrante el derecho a la dignidad humana de las/los pacientes. Así recordó la Corte el caso “de la niña Ann Karen Quinlan, presentado en los Estados Unidos, cuya vida biológica fue prolongada artificialmente durante años, no obstante su muerte cerebral, es un buen ejemplo para mostrar la incapacidad e inutilidad de una perspectiva exclusivamente asistencialista.”

Ahora bien, la Corte advirtió asimismo sobre los riesgos que en relación con el tópico tratado tiene cualquier suerte de reduccionismo y alertó sobre la necesidad de no dejar de lado el principio de beneficencia, esto es, la necesidad de que en la relación médico(a) paciente se inviertan todos los recursos posibles para obtener la curación, por cuanto es una obligación del/de la médico (a) efectuar todo lo que esté a su alcance para restablecer la salud del/ de la paciente.

En tal sentido, la persona profesional de la medicina esta obligada a informar del modo más claro, completo, detallado e integral posible, qué procedimientos resultan pertinentes para restablecer la salud - entendiendo la salud, claro está, como un concepto amplio que abarca tanto la salud física, como mental, social y emocional - y cuáles son los riesgos que se ligan con su aplicación. Pero debe igualmente entender que en ejercicio del derecho a la autonomía, los/las pacientes tienen la facultad de optar por una alternativa diferente cuando ella existe o por abstenerse de aplicar el tratamiento recomendado, pues únicamente de esta forma se respetará el derecho de los/las pacientes a elegir aquello que tienen razones para valorar.

A partir de lo expuesto resalta la importancia que en relación con esta temática adquiere el consentimiento informado. Sobre el particular dijo la Corte en la referida sentencia:

“En relación con el ejercicio médico, se considera que [el consentimiento informado] se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.” (Énfasis añadido al texto original)

De lo expresado se desprende que las personas profesionales de la medicina pueden incluso recomendar tratamientos en los cuales exista un riesgo importante, pero sólo lo pueden aplicar si con antelación han brindado información clara, completa, detallada e integral sobre las implicaciones que se ligan con la intervención médica. Sólo así puede decirse que existe un consentimiento informado. Lo anterior, sin embargo, no puede hacerse equivalente a que los/las pacientes están obligados a realizarse los tratamientos que sus médicos (as) estimen más pertinentes.

La obligación del/ de la médico (a) se extiende a estudiar cuál es la mejor alternativa para curar - cuando ello es factible - la enfermedad de los/las pacientes o, cuando no lo es, a analizar cuál es la mejor manera de paliar la enfermedad o de mitigar los dolores y sufrimientos relacionados con ella. No puede entenderse esta obligación como la facultad de imponer a los pacientes una vía terapéutica en contra de su voluntad por ser ella la que - según los criterios médicos - resulta más idónea o pertinente. Una vez determinada la pertinencia de los procedimientos o tratamientos médicos y luego de haberse explicado del modo más claro, completo, detallado e integral posible los riesgos que su puesta en práctica podrá acarrear, - tal como se desprende de la aplicación del principio de beneficencia -, es el/la paciente quien con fundamento en su consentimiento informado tiene derecho a resolver, - atendiendo el principio de autonomía -, si se somete o no a los procedimientos prescritos o elige una vía distinta.

Como corolario de las reflexiones que anteceden, la Sala de Revisión resolvió que el peticionario tendría el derecho a optar por el procedimiento médico que más se ajustara a sus condiciones. Decidió, por lo demás, que si el médico llegare a tener objeciones de fondo respecto de la alternativa elegida por el paciente podría retirarse de la relación instaurada en cuyo caso el ISS debía designar otro médico para la atención del paciente. Estableció que, de cualquier modo, el ISS debía proveer los recursos tanto médicos como asistenciales para asegurarse de que al paciente no se le restringiría su derecho de opción.

Desde luego, es preciso recalcar que en esta materia resulta imprescindible analizar las circunstancias de cada caso en concreto pues como lo indica claramente la Corte Constitucional, “resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos posibles. La información que el médico debe transmitir al paciente es un elemento para ser considerado dentro de un conjunto de ingredientes que hacen parte de la relación médico[/a]-paciente.” Empero, como se verá a continuación, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial que en términos generales es bastante consistente con lo afirmado en la sentencia T-401 de 1994.

15.- En la sentencia T-597 de 2001 le correspondió a la Sala de Revisión de Tutela establecer si se habían desconocido los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social, a la protección de los intereses superiores de un niño al negarse la Entidad Promotora de Salud a cubrir el costo del tratamiento de trasplante no mieloablativo de médula formulado por su médico tratante como procedimiento para contrarrestar la leucemia linfoblástica aguda que padecía desde 1997 por cuanto el tratamiento no estaba incluido en el POS y dicha entidad no estaba autorizada para efectuar procedimientos en el exterior. De otra parte, tuvo que precisar la Sala en aquella ocasión si al tratarse - como lo afirmaron varios médicos - de un tratamiento experimental - conducía a que no resultara exigible su prestación⁹.

En sus consideraciones estimó la Sala indispensable determinar “si un tratamiento experimental [tenía] el nivel de eficacia adecuado para preservar el mínimo vital del paciente.” Dijo la Corte en relación con dicha temática:

“El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implica que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema,” tal como lo establecía el inciso 2º del artículo 10 del Decreto Reglamentario 806 de 1998¹⁰.

(...)

Si los procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los

procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque no están acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. De tal forma, esta limitación impuesta a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos. Esta garantía está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. Así, un correcto entendimiento del derecho de acceso a los servicios de recuperación de la salud implica que un procedimiento experimental no puede sustituir, en ningún caso, a otro acreditado como alternativa terapéutica válida.”

La Sala de Revisión resolvió solicitar conceptos a diversos médicos especialistas con el fin de “determinar si alguno de los dos tratamientos presentados inicialmente a los padres del menor como alternativas de tratamiento de la leucemia linfoblástica aguda, en el caso de su hijo, [era] considerado experimental.” Los médicos consultados coincidieron en sostener que:

“las evaluaciones de los procedimientos médicos debe hacerse a partir de un criterio científico especializado en acreditación, que cuente con los conocimientos necesarios para hacerlas, a partir de estándares médicamente aceptables. Dentro de la ciencia médica, la evaluación de procedimientos clínicos corresponde a los epidemiólogos clínicos. Son estos especialistas quienes están en capacidad de evaluar si determinado procedimiento es experimental o está reconocido como un procedimiento terapéutico.”

A partir de los conceptos allegados, la Sala llegó a la conclusión según la cual el procedimiento recomendado por el médico tratante “trasplante de médula heterólogo no mieloablativo” estaba “indicado en los casos de leucemia linfoblástica aguda.” Si bien es cierto, estimó que no le correspondía a la Corte “decidir definitivamente sobre la validez o la indicación de los procedimientos médicos”, admitió que sí le competía “fijar qué niveles de certeza [eran] jurídicamente aceptables en estos casos, para preservar la eficacia de los derechos fundamentales.” En esa misma línea de argumentación, recalcó que la aplicación del principio de cautela impedía que se pudieran “desplazar alternativas terapéuticas excluidas del POS, cuando [existiera] una duda razonable sobre la validez o la indicación de un procedimiento médico que se presenta como sustituto.”

Hizo hincapié en que en aquellos eventos en los que la persona tenía derecho a que el servicio le fuera prestado, “la entidad responsable, o en su defecto, el juez de tutela, [debía] ordenar que se [prestara] el servicio solicitado cuando no hacerlo [comprometiera] los derechos fundamentales del solicitante.” Reconoció sin embargo que los asuntos relacionados con la pertinencia o idoneidad de un tratamiento médico, tales aspectos se sustentaban en consideraciones técnicas que no le competía entrar a controvertir a los jueces. Resaltó que la función de las autoridades judiciales en sede de tutela se restringía a “verificar que las entidades [cumplieran] con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas [tuvieran] conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos.” Manifestó, a renglón seguido, que dentro de ese conjunto de garantías desempeñaba “un papel primordial el consentimiento informado y cualificado del [de la] paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.”

El tópico abordado por la Sala de Revisión aparejó también la pregunta acerca del sentido y alcance del principio de consentimiento informado y cualificado en relación con los procedimientos médicos y, en tal caso, sobre la importancia de garantizar que los y las pacientes dispongan de información clara, completa, detallada e integral en lo relativo a los tratamientos prescritos bajo todas las circunstancias y en especial cuando no existe certeza sobre la indicación del carácter experimental de un determinado servicio de salud.

Recordó la Sala de Revisión cómo existe ya una línea jurisprudencial consolidada que se refiere a los principios que regulan la ética médica y que pone sobre el tapete la tensión que puede presentarse entre los diferentes principios muchos de los cuales no sólo se encuentran previstos en los textos constitucionales sino que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, se encuentran también contemplados en pactos internacionales sobre derechos humanos. Así, es factible enumerar los siguientes.

El médico/la médica tiene obligación de observar los principios de:

- i. Beneficencia, esto es, ha de contribuir a procurar el bienestar del/ de la paciente y, en este orden de cosas, ha de abstenerse de causarle daño.
- ii. Utilidad, es decir, que el avance de la ciencia supone poner en movimiento todos los

medios de investigación y de experimentación indispensables para el desarrollo de la medicina no únicamente pensando en la solución de padecimientos presentes sino reparando en la población futura.

iii. Justicia, a saber, que se debe garantizar el acceso de la población a los beneficios de la ciencia y que tal acceso ha de darse en condiciones igualitarias y equitativas.

iv. Autonomía es decir que para la práctica de cualquier procedimiento médico ha de contarse con el consentimiento del/ de la paciente.

Recordó la Sala de Revisión en la sentencia reseñada que en repetidas ocasiones, ha subrayado la jurisprudencia constitucional, cómo eventualmente pueden surgir tensiones entre los principios enumerados con antelación. Respecto, por ejemplo, de la tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía, ha considerado la Corporación que prima facie tendría aplicación prioritaria el principio de autonomía. Ha matizado sin embargo esta prevalencia cuando las circunstancias del caso concreto así lo han ameritado. Lo que sí ha destacado de manera constante es que resulta imprescindible estudiar cada asunto en detalle para, de conformidad con el alcance de ese análisis, establecer la solución que resulta relevante aplicar.

Lo que está en juego cuando se resalta el principio de autonomía individual del/ de la paciente respecto de su cuerpo es por consiguiente la necesidad de informarle y hacerle conocer con todo detalle y del modo más completo e integral los aspectos relacionados con los procedimientos médicos prescritos de modo que ellos/ellas estén en capacidad de comprender y puedan, en tal sentido, expresar su conocimiento de manera libre. Frente a esta exigencia ha dicho la Corte que en temas médicos la manifestación libre del consentimiento se vincula con los criterios que se enumeran a continuación. El deber en cabeza del médico/ de la médica de (i) permitir que el/la 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.” (ii) asegurarse que en el evento de tratarse de procedimientos experimentales se respete a la persona y no se la cosifique aplicándole tratamientos que solo son benéficos en apariencia pero en realidad se utilizan para fines que le son extraños al bienestar de la persona y la reducen a ser un mero instrumento para la consecución de fines ajenos a su bienestar.

En la sentencia referida hizo mención la Sala de Revisión a la sentencia SU 337 de 1999 cuando la Sala Plena de Corte Constitucional se pronunció sobre este particular y precisó que:

“por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos (...) la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad. Esto explica entonces por qué el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece, de manera perentoria, que ‘nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos’. Esta disposición es un desarrollo directo de las normas establecidas por el Código de Nüremberg, cuyo primer principio es precisamente que en estas investigaciones ‘el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial’”.

Con fundamento en las consideraciones que se sintetizaron en precedencia, resolvió la Sala de Revisión “que se debería conformar un nuevo comité técnico científico con participación del médico tratante del niño, el especialista en trasplantes y un epidemiólogo clínico de reconocida trayectoria quien, previo conocimiento de la historia clínica del niño, debería presentar un informe acerca de la validez terapéutica de todos los procedimientos presentados a los padres del menor para la curación de la leucemia linfoblástica aguda.” Adicionalmente el comité debería presentar “con claridad a los padres del menor las diversas alternativas, indicándoles su validez, su eficacia y las posibles implicaciones que tiene cada una.”

16.- En la sentencia T-021 de 2003 le correspondió a la Corte resolver si se habían desconocido los derechos constitucionales fundamentales de una mujer a quien le fue

diagnosticado cáncer de seno y en otras partes del cuerpo que le ocasionaba un intenso dolor. Atendida por el ISS, la peticionaria se sometió a la práctica de quimioterapias en la Liga de Lucha Contra el Cáncer. Con posterioridad, le fue prescrita una cirugía para la resección del seno derecho. La intervención, empero, no fue autorizada por cuanto el ISS no tenía contrato vigente para esa fecha.

En esa sentencia puntualizó la Sala de Revisión que la Corporación había insistido de manera constante en que la vida digna no era un concepto restrictivo que se limitara a evitar la muerte sino que era una noción más abarcadora que comprendía “la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [fuera] posible, cuando éstas condiciones se [encontraban] debilitadas o lesionadas y [afectaran] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien una existencia digna¹¹.” (Énfasis añadido).

En el asunto sub examine se verificó la muerte de la peticionaria encontrándose en curso la revisión, motivo por el cual la Sala declaró la carencia actual de objeto. No obstante, consideró que la entidad demandada había desconocido los derechos constitucionales fundamentales de la actora al haberla sometido a trámites que dilataron en el tiempo la aplicación de un tratamiento cuyo suministro era urgente. Afirmó la Corte en relación con lo anterior que resultaba

“palmaria y cabalmente demostrada la existencia de una situación que representaba una violación de los derechos a la salud y a la seguridad social de la peticionaria, consistente en que al momento de interponer la tutela, el ISS como Empresa Promotora de Salud -EPS-, no había suscrito contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud con sede en la ciudad donde residía la accionante y ello obstaculizaba la realización del tratamiento de quimioterapia que había sido ordenado en aras de paliar el cáncer que la aquejaba.”

Recordó la Corporación una línea jurisprudencial muy relevante para el asunto que ocupa la atención de la Sala de Revisión en la presente oportunidad¹², a saber, que los beneficiarios del sistema de salud no deben “padecer las complicaciones de tipo presupuestal afrontadas por las entidades encargadas de prestar el servicio de salud, ni verse sometidos a los interminables trámites internos y burocráticos que interfieren en el normal desarrollo de sus tratamientos médicos.” Recalcó la Corte que todos estos trámites eran ajenos a la prestación

del servicio y no debían por consiguiente “obstaculizar la protección ofrecida por el Estado en esta materia¹³.” Adicionalmente, expresó la Corte que las Entidades Promotoras de Salud no podían negarse a cumplir con sus obligaciones, “so pretexto de no disponer de los recursos presupuestales necesarios para ello, pues la atención de los derechos a la salud y la vida no dan espera y no es justo someter a sus beneficiarios a dilaciones que no les corresponden y que no les son imputables.”

17.- En la sentencia T-412 de 2004 se pronunció la Sala de Revisión sobre si en el caso bajo examen la ARS había desconocido los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida de un niño que padecía una enfermedad denominada hemiparesia mixta, la cual impedía que el niño pudiera mantenerse en pie, toda vez que tenía los tendones invertidos. El menor había sido remitido a la IPS ‘Hospital El Tunal’ en el que había sido atendido ocasionalmente careciendo de una atención constante por parte de ortopedista pediatra, pues siempre había sido examinado por distintos médicos. Frente a esa circunstancia, el padre del niño consideró que era necesario consultar un médico particular y lo llevó al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt. El Cirujano especialista de ese centro de salud le informó que al niño debía practicársele una cirugía llamada “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral”.

El anterior diagnóstico contrastaba con el emitido por el último médico que atendió al niño en el Hospital de El Tunal quien sostuvo que podía realizarle al niño una cirugía denominada “Liberación de Adherencias de Tendón, tenolisis, artrodesis de cuello de pie.” En esta oportunidad se especificó que el procedimiento sería más invasivo y traumático para el niño, es decir el riesgo sería mayor “pues implicaba hacerle un injerto retirando parte del hueso, el cual será extraído de la cresta iliaca, todo lo cual conlleva un nivel elevado de infección y riesgo.” Por ese motivo, el padre solicitó que se le efectuara al niño el procedimiento recetado en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

El problema jurídico que se planteó la Sala de Revisión fue que ante la discrepancia existente entre los médicos que examinaron al niño y considerando que con fundamento en los experticios emitidos los padres solicitaron que se practicara un procedimiento quirúrgico diferente al prescrito por el médico de la ARS, no se trataba en este caso de decidir sobre la práctica de un procedimiento excluido del POS “sino simplemente de la elección del tratamiento que se juzga óptimo para la recuperación de la salud del menor, y de su práctica

en un hospital distinto de la I. P. S contratada por la entidad demandada.”

La Sala de Revisión reiteró que no era facultad de las autoridades judiciales en sede de tutela indicar el tratamiento médico que debía brindársele al/ a la paciente e insistió en que tales autoridades debían ordenar sólo aquellos medicamentos que hubieren sido prescritos por el médico/ la médica tratante por ser estas personas profesionales de la medicina las que disponen de los conocimientos para determinar cuándo un tratamiento resulta adecuado o no en un caso dado. Admitió que en sucesivas ocasiones la Corte había subrayado que las autoridades judiciales en sede de tutela no podían “ordenar a la EPS o a la ARS la realización de tratamiento determinado por el médico particular¹⁴ .”

No obstante lo expresado, manifestó la Sala de Revisión que la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado por parte de los facultativos adscritos a la entidad de seguridad social a la que esté inscrito (a) el/la paciente no era una decisión por entero ajena a controles¹⁵. Expresó, más adelante, cómo la Corte ha estudiado casos en los cuales

“existe cierta incertidumbre a cerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del [de la] paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde [a la autoridad judicial en sede de tutela] escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo.”

Así las cosas, resolvió la Sala de Revisión amparar el derecho a la autonomía personal y al consentimiento sustituto informado de los padres del niño y ordenó que se debía proceder a citar a los padres al Hospital EL Tunal para que en presencia del médico ortopedista pediatra y el médico neurólogo tratantes del menor adscritos a la ARS, así como de un psicólogo y un médico de Medicina Legal, obtuvieran “una información detallada sobre los problemas neurológicos y ortopédicos” que afectaban al niño y “sobre los cuidados especiales y el soporte familiar e institucional que debía recibir [el niño] para lograr su desarrollo en las mejores condiciones posibles.

Adicionalmente, ordenó que en la mencionada reunión, los padres del niño deberían escoger

“el tratamiento médico ortopédico a seguir, previa explicación dada con mucha claridad y en términos comprensibles para ellos sobre las bondades y riesgos de cada uno de los dos procedimientos que han sido sugeridos, así como de las razones por las cuales los médicos tratantes adscritos a la A.R.S. demandada prefieren el que han formulado y no el otro recomendado en el Instituto Roosevelt de Ortopedia Infantil, a pesar de que ambos pueden ser practicados en el Hospital El Tunal.” Por último y surtida la etapa descrita, los padres del menor debían ser interrogados de nuevo en relación con el tratamiento médico a seguir, en una nueva reunión en la cual se les otorgaría una nueva oportunidad de resolver las dudas que aun tuviesen.

18.- En la sentencia T-762 de 2004 le correspondió a la Sala de Revisión establecer si una entidad Promotora de Salud había desconocido los derechos constitucionales fundamentales de un niño de 16 años “al suspender el tratamiento con hormona de crecimiento que se le seguía desde los 5 años de edad¹⁶.” Los temas que ocuparon la atención de la Corte en aquella ocasión fueron los siguientes: “(i) la escogencia del tratamiento cuando existen múltiples alternativas médicas; (ii) el consentimiento informado de los pacientes y el tipo de información que debe darse por parte de los médicos; (iii) la suspensión de la droga de crecimiento y la diversidad de conceptos en torno del tema.

Respecto de la elección del tratamiento médico resaltó la Corte la necesidad de ofrecer a los/las pacientes un diagnóstico completo e indicó que la ausencia de ello podría significar el desconocimiento o vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del/ de la paciente. Recordó – como lo ha hecho en múltiples ocasiones – que la autoridad judicial no está facultada para pronunciarse acerca de la pertinencia o no de un tratamiento médico ni puede establecer el momento en que debe ser suministrado el procedimiento o determinar cuándo ha de suspenderse. La tarea de las autoridades judiciales en sede de tutela consiste, más bien, en ordenar sólo la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por las personas profesionales de la medicina dado que son ellas las que por disponer de un conocimiento del que carece la autoridad judicial pueden establecer “si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular.¹⁷”

Insistió la Sala de Revisión, no obstante, en que tal facultad en cabeza de las personas profesionales de la medicina no era ajena a los controles. En esta ocasión, hizo hincapié sobre los casos en los cuales existe “incertidumbre acerca de cuál de los posibles

procedimientos médicos resulta más adecuado ante las circunstancias del paciente.” Acentuó que aún en aquellas eventualidades no le correspondía a la autoridad judicial en sede de tutela elegir el tratamiento, pero subrayó de manea simultánea que la autoridad judicial debía cerciorarse de que las entidades prestadoras de salud hayan hecho todo lo que está a su alcance para asegurarse de que las y los pacientes tuviesen “conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo.¹⁸” De suerte que:

“en casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento calificadosamente informado.

La primacía constitucional de los derechos a la dignidad humana y autonomía personal, obligan a considerar a cada persona como sujeto libre y capaz de incidir en las decisiones que tienen que ver con su salud, haciendo que todo procedimiento médico esté sujeto a la autorización del paciente y otorgando condición prevalente al principio de autonomía personal.”

La Corte contrastó el carácter preeminente que tenía en el ordenamiento constitucional colombiano la garantía del principio de autonomía personal con el enfoque paternalista propio de la ética hipocrática tan en boga durante el siglo IV a. C.¹⁹ e indicó cómo este paradigma ético había entrado en crisis con la llegada de los ideales renacentistas e ilustrados (siglos XV y XVII) cuando empieza a tomar auge la idea según la cual “las personas son sujetos morales autónomos con capacidad para decidir en todo aquello que les afecte de forma decisiva²⁰.” En relación con este tópico concluyó la Corte lo siguiente:

“Es un hecho incontrovertible que el tema del consentimiento informado es ajeno a la tradición médica, que lo ha desconocido a lo largo de su historia, si bien en la actualidad constituye un presupuesto esencial de la relación médico-paciente, lo que redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial. Sobre este particular señalan algunos autores contemporáneos que “el consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos.”

Lejos queda entonces aquella medicina paternalista, basada esencialmente en el principio de beneficencia, donde el médico decidía aisladamente la actitud terapéutica adecuada a cada paciente ('todo para el enfermo, pero sin el enfermo')."

Señaló la Corte cómo durante un tiempo la relación médico(a)/paciente se caracterizó por tener una connotación vertical. La persona profesional de la medicina obraba como sujeto activo, como autor, mientras que la otra parte de la relación era concebida en términos pasivos: paciente, desvalido, enfermo. Trajo a la memoria la Corte que en la expresión enfermo se derivaba del término *infirmus* que significaba 'sin firmeza' y subrayó que esta ausencia de firmeza no solo se relacionaba con los aspectos físicos sino también con los morales, de ahí que por tradición se hubiese prescindido del parecer y del conocimiento del paciente y, en el sentido estricto del término, las personas enfermas tuviesen que someterse pacientemente a los procedimientos o tratamientos que la parte activa de la relación, a saber, las personas profesionales de la medicina, les recetaran o prescribieran. Como lo rememoró la Corte:

"Había entonces la errónea tendencia a pensar que un ser en estado de sufrimiento o bajo la molestia de alguna anomalía en la salud, no era capaz de tomar una decisión libre y clara, por cuanto la enfermedad no solo afectaba a su cuerpo, sino también a su alma. "

De un lado, la confianza que caracterizó la relación médico(a) paciente en algunas épocas, fue cediendo paso ante la complejidad creciente de los problemas que estos (as) profesionales debían afrontar y, como consecuencia de ello, se abrió paso la necesidad de efectuar un ejercicio especializado de la medicina lo que si bien es cierto significó un progreso considerable en varios aspectos, trajo consigo también "una sensible deshumanización" de la actividad médica²¹²².

Concluyó la Corte que el conocimiento informado adquirió con la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 una particular importancia y resaltó que junto a la idea de consentimiento informado solía tratarse el tema de la información que debía suministrarse a los/las pacientes. De este modo, el derecho a la información "constituye en una manifestación concreta del derecho de la protección a la salud y por ende a la vida²³" puesto que la información resulta imprescindible para que el/la 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/la paciente tiene por tanto derecho a recibir información acerca de todas las eventualidades lo que exigirá ponerlo(a) “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” y en general acerca de todos los aspectos que puedan influir de modo decisivo en su derecho de optar por que se le practique o no un procedimiento o tratamiento médico determinado. Solo por esa vía, podrá exteriorizar el/la paciente su consentimiento en forma libre, consciente y razonable. Como lo recalca la Corte en la referida sentencia: “el objetivo es crear una relación en la que el/[la] 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.”

Para la Corporación resultó, pues, incontrovertible que el consentimiento debía “ir precedido de una información adecuada, esto es, suficiente en cantidad y calidad.” No se está frente a un consentimiento libre, consciente e informado cuándo quien lo exterioriza no sabe porqué o para qué fines lo emitió. Dicho de otra manera: sólo es capaz de manifestar un consentimiento informado la persona que obra como “dueña efectiva de su destino, como corresponde a su dignidad” así que se garantice que la información que se le suministró es “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.²⁴”

Precisamente en el sentido antes expuesto, la Sala de Revisión advirtió a la IPS que en el futuro debía garantizar un consentimiento informado de sus pacientes o allegados, mediante el suministro de una información oportuna, general, clara y suficiente sobre el estado de salud y los tratamientos o procedimientos aplicables.

19.- En la sentencia T-865 de 2005 examinó la Sala de Revisión el caso de un ciudadano de 72 años de edad quien con ocasión de una luxación de la prótesis que le había sido

implantada soportaba intensos dolores. El médico tratante se negó a corregir la prótesis en tanto no transcurrieran seis meses, con la excusa según la cual el peticionario estaba siendo tratado con anticoagulantes. En contraste con el dictamen emitido por el médico tratante, un médico particular consultado por la familia del actor había conceptuado que la intervención podía efectuarse de inmediato. En aquella ocasión, la Corte se interrogó, de una parte, sobre si las autoridades judiciales en sede de tutela podían “desatender las manifestaciones de las partes y las pruebas no desvirtuadas, anexas a la actuación” y, de otra, acerca de cuáles eran los deberes de las personas profesionales de la medicina así como de las entidades comprometidas con la prestación del servicio público de salud en relación con la necesidad “de aliviar el dolor físico y respetar la autonomía de sus pacientes.”

Encontró la Sala de Revisión que a partir de lo dispuesto en los artículos 5°, 12, 16 y 20 de la Constitución Nacional se desprendía la obligación en cabeza de las personas profesionales de la salud “de aliviar el sufrimiento, haciendo uso de los procedimientos y de los tratamientos que la ciencia médica permite, previo el consentimiento informado de los afectados sobre sus bondades y riesgos.” Indicó la Corte cómo a partir del puesto preeminente que ocupan los derechos constitucionales fundamentales en el ordenamiento jurídico se deriva una obligación general encaminada a impedir la ocurrencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes (deber general de abstención) así como la necesidad de asegurar el respeto por decisiones informadas y conscientes que vinculan tanto a profesionales comprometidos con el campo de la salud como a instituciones prestadoras del servicio de salud en relación con la garantía del derecho de los/las pacientes a construir un “consentimiento informado en función de los procedimientos y tratamientos disponibles y [a] acceder de manera conciente y libre a los medios para recuperar su salud.”

En desarrollo de esta línea argumentativa trajo a la memoria la Sala de Revisión cómo la Corte ha reiterado que “someter a las personas a soportar dolor en contra de su voluntad y más allá de los límites de su propia resistencia” era una práctica contraria al derecho internacional humanitario e insistió que por tal motivo la jurisprudencia constitucional había hecho hincapié en que dentro de los deberes en cabeza de las personas profesionales de la medicina se encuentra “ofrecer a sus pacientes todas las alternativas de alivio al alcance de la ciencia médica y de asistirlos en su decisiones.”

La Corte acentuó cómo el dolor intenso no sólo reduce las capacidades de la persona sino

que “impide su desarrollo y afecta su integridad física y psíquica.” Constituye, por ello, obligación en cabeza de los/las médicos (as) adoptar las medidas indispensables para evitar o paliar los sufrimientos o dolores relacionados con la enfermedad que padecen pues únicamente de esta manera se garantizará la protección del principio de dignidad humana conectado estrechamente con el amparo del derecho a la salud y a la integridad física, psíquica y moral de las personas. Recordó la Sala de Revisión cómo en numerosas ocasiones la Corte ha afirmado la Corte que el dolor pone a las personas en una situación degradante de su dignidad y ha dicho que si quien está en el deber de impedir esta circunstancia no lo hace “incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del/de la afectado (a), quedándole a [esta persona] la posibilidad de ejercer las acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales²⁵.”

Sustentada en las consideraciones mencionadas con antelación, la Sala de Revisión decidió ordenar, de un lado, que se convocara al actor y a sus familiares –a petición suya o de requerirlo las circunstancias en que se encontraba- para informarles de modo detallado sobre su situación, las bondades y riesgos de corregir la luxación de la prótesis que le fue colocada, y las alternativas para aliviar su situación, con miras a que estos decidieran si insistían en su pretensión de que la intervención se realizara de manera inmediata y, de otro que, una vez tomada por el actor la decisión, adoptara las medidas necesarias para llevarla a la práctica.

20.- En la sentencia T- 234 de 2007 le correspondió a la Sala de Revisión pronunciarse respecto de un caso en donde se presentaban dudas en relación con la pertinencia e idoneidad de una intervención quirúrgica para extraer unas esquirlas que se habían introducido en la columna vertebral del peticionario generándole una cuadraplesia. La Corte encaminó sus consideraciones a efectuar una distinción entre la pertinencia o idoneidad de los tratamientos médicos y la conveniencia de los mismos. Afirmó la Corte que cuando existan opiniones autorizadas, sustentadas en criterios médico-científicos, que entren en conflicto respecto de la aplicación o no de un determinado tratamiento, para las autoridades judiciales el problema se trasladaba prima facie del ámbito de la pertinencia al terreno de la conveniencia. Encontró la Sala de Revisión, en este mismo orden de ideas, que la decisión definitiva sobre la práctica o no del procedimiento debía ser entonces asumida por “el paciente de manera informada.” Expresó la Corte en relación con esta temática que:

“en materia del cuidado de la salud y del correspondiente sometimiento a tratamientos

médicos para conjurar dolencias físicas, cabe afirmar que por regla general, superadas las discusiones sobre cuáles son los procedimientos propios de determinadas patologías (idoneidad), las valoraciones alrededor de su eficacia y su consecuente conveniencia en cada caso concreto forman parte de la esfera de autonomía del paciente, quien tiene derecho a tomar en cuenta los factores que considere pertinentes, incluso otros criterios médicos o de otra índole, como por ejemplo culturales, religiosos o estéticos, para decidir si se somete o no a un tratamiento médico.”

La sentencia en comento hizo referencia a dos asuntos que cobran especial relevancia en la presente ocasión. Por una parte, al caso de una persona que instauró acción de tutela con el objetivo de que se ordenara a un familiar someterse a un tratamiento para el cáncer. La Sala de Revisión en aquella ocasión consideró que con esta actuación se desconocía el mandato constitucional contenido en el artículo 16 superior mediante el cual se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.” Obligar a una persona a someterse a un tratamiento médico o a modalidades del mismo en contra de su voluntad implica coartar su libertad de opción e interfiere indebidamente en su potestad de autodeterminarse conforme a su propio arbitrio y restringirle su facultad de juzgar qué es lo más conveniente para preservar su vida en condiciones de calidad y de dignidad.

De otra parte, mencionó la providencia por medio de la cual la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que penalizaba el homicidio por piedad (sentencia C-239 de 1997). En aquella oportunidad la Sala Plena abordó el análisis del nexo existente entre la dignidad de las personas y la necesidad de que se asegure un espacio para valorar de modo personal la propia condición de salud. Manifestó la Corporación que no había nada más cruel que “obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad.”

21.- A partir del análisis de las sentencias referidas con antelación sobre consentimiento informado es factible distinguir algunos criterios relevantes para la solución del caso bajo examen de la Sala en la presente sentencia. Debe advertirse, no obstante, que las pautas aquí delineadas no se pueden aplicar de manera general, haciendo abstracción del contexto

y de las circunstancias particulares de cada asunto específico. Su correcta aplicación dependerá, por tanto, de las peculiaridades del caso en concreto así como de las dificultades y problemas que con él se vinculen²⁶. A fin de permitir una mayor y mejor identificación de tales cánones, la Sala efectuará a continuación una síntesis de los mismos.

22.- El amparo del derecho fundamental a la salud en su faceta relacionada con la protección del consentimiento informado y con la garantía del principio de autonomía abarca, entre otras cosas:

i. Asegurar una comunicación fluida entre la persona profesional de la medicina y el/la paciente encaminada a respetar su dignidad humana y a fortalecer su derecho a adoptar decisiones autónomas²⁷.

ii. Garantizar que en la relación médico (a) paciente no predomine un esquema vertical (paternalista) en donde el/la paciente es visto(a) de manera pasiva - como quien debe literalmente padecer o sufrir -.

iii. Velar porque la relación médico (a) paciente esté mediada por elementos que refuercen el derecho de las/los pacientes a decidir con libertad así como por el diálogo discursivo, el apoyo, la solidaridad y el interés por el contexto social, familiar y emocional de los/las pacientes²⁸.

iv. Reforzar la decisión autónoma de los/las pacientes en aquellos casos en los que se discute la conveniencia o no de los tratamientos médicos prescritos. En ese orden de ideas:

a. El Estado debe mantenerse al margen de la discusión sobre la conveniencia de los tratamientos prescritos pues de lo contrario se desconocería el principio de pluralismo así como se vulneraría el derecho a la autonomía de los/las pacientes en tanto expresión de la cláusula general de libertad.

b. La competencia de las autoridades no tiene el alcance de regular aquellas conductas de las personas que no interfieran con el goce pleno de los derechos de otras personas.

c. Salvo contadas excepciones²⁹, el ámbito de regulación estatal involucra de manera

general la relación de las personas con otras personas y no la relación de la persona consigo misma³⁰.

d. Las personas no solo pueden, sino que tienen el derecho de ponerse bajo su propia responsabilidad en situaciones que otros consideran inconvenientes o riesgosas, siempre que no comprometan los derechos de otro/otra³¹.

e. A partir de las circunstancias personales de cada quien se desprende una valoración singular, única y respetable de la dignidad, la cual puede, incluso, justificar el que se opte por no vivir más.

f. Contrario sensu, también pertenece al ámbito de decisión autónoma y personal, optar por continuar viviendo en condiciones que “para la mayoría serían de suma indignidad.”

i. Promover una aplicación ponderada de los principios de autonomía, justicia, beneficencia y utilidad. Así las cosas, las personas profesionales de la medicina han de aplicar todos sus conocimientos, experiencia y esfuerzos para obtener la mejoría de sus pacientes y están obligados a informarlos (las) de manera clara, detallada, completa integral sobre las distintas alternativas de curación, de paliación o de mitigación del dolor relacionados con la enfermedad que padecen así como acerca de las bondades y de los riesgos que se ligan con los tratamientos y alternativas recetadas. Una vez recibida la información adecuada sobre las implicaciones de los tratamientos médicos o alternativas prescritas, las y los pacientes deben poder expresar su consentimiento en forma libre y autónoma. De lo expresado se desprende que:

a. las personas profesionales de la medicina pueden incluso recomendar tratamientos en los cuales exista un riesgo importante, pero sólo lo pueden aplicar si con antelación han brindado información clara, completa, detallada e integral sobre las implicaciones que se ligan con la intervención médica. Sólo así puede decirse que existe un consentimiento informado. Lo anterior, sin embargo, no puede hacerse equivalente a que los/las pacientes están obligados a realizarse los tratamientos que sus médicos (as) estimen más pertinentes.

c. En temas médicos la manifestación libre del consentimiento se vincula con el deber en cabeza del médico/ de la médica de

i. permitir que el/la 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.”

ii. asegurarse que en el evento de tratarse de procedimientos experimentales se respete a la persona y no se la cosifique aplicándole tratamientos que solo son benéficos en apariencia pero en realidad se utilizan para fines que le son extraños al bienestar de la persona y la reducen a ser un mero instrumento para la consecución de fines ajenos a su bienestar.

iii. garantizar que las personas beneficiarias del sistema de salud no padezcan las complicaciones de tipo presupuestal afrontadas por las entidades encargadas de prestar el servicio ni se vean sometidas a interminables trámites internos y burocráticos que interfieren en el buen logro y normal desarrollo de los tratamientos médicos.

iv. impedir que se alegue la falta de recursos presupuestales para negar un tratamiento determinado o para dilatar su prestación por cuanto estas circunstancias no pueden ser imputables a las personas usuarias del servicio de salud.

23.- Desde luego, las autoridades judiciales no disponen de los conocimientos técnicos ni científicos para prescribir un determinado tratamiento o medicamento o estimar cuándo un procedimiento médico específico resulta idóneo o no en un caso dado. Empero, la actuación de las personas profesionales de la medicina tampoco permanece ajena a los controles. Las autoridades judiciales en sede de tutela deben cerciorarse de que las entidades promotoras de salud y los/las médicos(as) a ellas adscritas hayan cumplido con las garantías constitucionales de tal manera que las personas enfermas dispongan del conocimiento suficiente sobre las peculiaridades de su caso, los riesgos y la eficacia de cada una de las alternativas terapéuticas recetadas.

Aquí se reitera lo expresado en párrafos anteriores cuando se indicó que en aquellos eventos en los que se presentaba incertidumbre respecto de cuál era la mejor opción médica para

tratar al/ a la paciente, le correspondía a las autoridades judiciales en sede de tutela conferir una especial protección al principio de autonomía y, en ese orden de ideas, resultaba imprescindible verificar que se hubiese garantizado en debida forma el acceso a los elementos de juicio indispensables para emitir un consentimiento cualificadamente informado.

24.- Con fundamento en lo expuesto hasta este lugar, pasará la Sala a verificar si en el caso concreto la entidad demandada garantizó el derecho del peticionario a decidir sobre la base del consentimiento cualificadamente informado.

Caso concreto

25.- En el asunto bajo examen, el peticionario, de 35 años de edad, quien padece neoplasia (cáncer) solicita por intermedio de su agente oficiosa la protección de su derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad. Estima el actor que sus derechos han sido desconocidos por la entidad demandada al negarse esta última a practicarle el tratamiento paliativo denominado paracentesis abdominal descompresiva encaminado a contrarrestar una de las manifestaciones de la enfermedad que sufre, consistente en acumulación de líquidos en la cavidad abdominal conocida como ascitis. Esta situación le ocasiona al peticionario, dolores irresistibles así como le impide respirar y moverse.

26.- La Junta Médica del Servicio de Cirugía del Hospital Militar Central de Bogotá le prescribió en marzo de 2003 el tratamiento paliativo encaminado a introducir un catéter u otro elemento hueco y punzante (vgr., un trocar) al abdomen y evacuar el líquido que en ella se encuentra. Posteriormente, en abril del mismo año, el especialista en oncología del mencionado Hospital le recomienda una intervención quirúrgica para asegurar la resección o control del tumor. En el documento en el que formula el procedimiento, el médico advierte al paciente que el pronóstico de supervivencia, luego de efectuada la intervención, es de un 20%.

27.- El peticionario, rechaza la práctica del procedimiento quirúrgico y le solicita a la entidad demandada que, a cambio, le autorice el tratamiento paliativo, esto es, la paracentesis en el Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño que es la ciudad donde habita. Aduce el actor que si bien es cierto es consciente de la enfermedad progresiva e irreversible que padece no

quiere exponerse a la cirugía pues tiene derecho a optar por vivir los últimos días que le quedan de existencia y no desea trasladarse a la ciudad de Bogotá pues la altura y el clima frío deterioran de modo considerable su calidad de vida.

28.- La entidad demandada considera que ha hecho todo lo que está a su alcance para ofrecerle los mejores servicios al peticionario en un hospital de IV nivel. Estima que el Hospital San Juan de Dios ESE de Puerto Carreño es de II nivel y no cuenta con la infraestructura indispensable para atender al actor.

29.- No obstante lo anterior, la directora del Hospital San Juan de Dios ESE de Puerto Carreño, mediante informe remitido al juez de instancia, comunica que ha atendido al peticionario y que si bien es cierto el procedimiento decompresión abdominal del peticionario ha adquirido complejidad – por lo que requiere de instrumental de mayor calibre y no está exento de riesgos – así como puede verse complicado por una infección peritoneal o por ausencia de cierre de las heridas dado su estado de desnutrición:

“[v]ista la situación en forma global y considerando que se trata de un paciente Terminal es necesario ofrecerle las condiciones de bienestar que le permitan pasar lo que reste de vida de la mejor forma posible. Nuestro Hospital está en capacidad de realizar una paracentesis guiada o no, una mini laparotomía o una laparotomía como cualquier Hospital de segundo nivel en el país. Estamos en capacidad de tratar las complicaciones que se presenten al menos en forma inicial, para que dado el caso el paciente pueda ser remitido a un nivel de mayor complejidad. Es claro para este Hospital que el paciente requiere un tratamiento integral en una institución adecuada como también es claro que en caso de que dicho tratamiento no le sea prestado nosotros debemos resolver las situaciones urgentes en las que el paciente requiera nuestra intervención y en esa medida si el señor EDINSON CORREA PÉREZ requiere de la prestación de un servicio cuya complejidad esté a nuestro alcance estamos dispuestos a brindárselo y daremos trámite a la remisión respectiva cuando la situación desborde nuestra capacidad.”

30.- A partir de lo expuesto hasta este lugar es factible decir que en el caso bajo examen el peticionario, quien padece enfermedad terminal, ha recibido información suficiente sobre las circunstancias que rodean su padecimiento y acerca de las bondades y los riesgos que se vinculan tanto con la cirugía prescrita por el médico tratante como con el tratamiento

paliativo.

31.- En vista de la complejidad de la enfermedad que sufre el peticionario y teniendo en cuenta los criterios expuestos en las consideraciones de la presente sentencia, en el caso sub examine no debe partirse de una concepción vertical (paternalista) de la relación médico paciente, esto es, no puede reducirse al paciente a la condición de sujeto que debe literalmente padecer o sufrir en forma pasiva las consecuencias de su enfermedad o sujetarse de modo sumiso y desinformado a los procedimientos, intervenciones y alternativas médicas que prescribe la persona profesional de la medicina.

Por el contrario, resulta preciso que la autoridad judicial en sede de tutela asegure la vigencia del principio de dignidad y le confiera plena vigencia al derecho a la libre autodeterminación de las y de los pacientes. Desde esta perspectiva, ha de tenerse en cuenta la opinión informada del/de la paciente, incluso en el sentido de relativizar los alcances mismos de los tratamientos que han de aplicarse pues el énfasis no se marca ya tanto en los resultados. Dada la complejidad de los padecimientos y de los tratamientos que han de ser aplicados, la ética médica no sólo busca resultados, por ejemplo, la recuperación de la salud cuando ello es factible sino que en aquellos casos en los cuales tal recuperación es imposible o se torna muy relativa, se busca adoptar decisiones que procuren aliviar los padecimientos sufridos y brindar a los/las pacientes una vida en condiciones de calidad y de dignidad mitigando el dolor y el sufrimiento excesivo.

32.- Debe repararse en que existen motivos no necesariamente relacionados con la faceta estrictamente médica de recuperación de la salud, que adquieren un peso específico en una situación determinada. Estas circunstancias pueden conducir a las personas a declinar someterse a un tratamiento médico específico - bien por motivo de los costos económicos y emocionales que implica someterse a un procedimiento cuyos resultados para la recuperación son muy discutibles; o bien por no querer desplazarse a un lugar alejado de la vida familiar o por no tener que padecer unas condiciones climáticas que empeoran la calidad de vida del/ de la paciente -. De todas maneras, en ningún caso es factible afirmar que reflexiones de este estilo puedan significar una amenaza para los derechos de los demás o para el orden jurídico.

33.- En garantía de la vigencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ha de ser

respetado tanto el derecho de las personas a optar por someterse a un tratamiento que es idóneo para conjurar una determinada enfermedad pero acarrea riesgos o peligros, o, su derecho de optar por no someterse a un tratamiento porque existen circunstancias que conducen al/ a la paciente a valorar otros factores que no necesariamente se vinculan con la salud en términos estrictamente médicos pero que contribuyen a dotar de sentido su vida, a proporcionarle dignidad y calidad bajo el respeto al libre desarrollo de su personalidad. En tal sentido el concepto de salud siempre ha de ser mirado desde una óptica más amplia que incluye aspectos físicos pero que le otorga igual o mayor peso a aspectos psíquicos, emocionales y sociales.

34.- Encuentra la Sala que en el asunto sub iudice ni los jueces de instancia ni la entidad demandada garantizaron el derecho fundamental a la salud en su faceta relacionada con asegurar el principio de autonomía cuya aplicación prioritaria ha sido protegida de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional cuando quiera que la decisión adoptada por los/las pacientes, sea para rechazar un tratamiento, medicamento o procedimiento determinado o para solicitar su aplicación, obedece a un consentimiento informado, esto es, configurado bajo los criterios expuestos en las consideraciones de la presente providencia.

35.- Dada la importancia que el ordenamiento constitucional le confiere al principio de autonomía, la jurisprudencia constitucional ha destacado, como se expuso en líneas precedentes, la necesidad de que, en relación con los tratamientos médicos prescritos, los/las pacientes cuenten con un consentimiento informado y cualificado. Para ponerlo en otros términos: en vista de la importancia que adquiere el principio de autonomía cuando se trata de la prescripción de tratamientos o procedimientos médicos, la Corte Constitucional ha insistido en que la vigencia de este principio supone el derecho de los/las pacientes a contar con información clara, completa, detallada e integral respecto de los tratamientos, procedimientos médicos prescritos sean ellos de orden curativo, paliativo o mitigador del dolor.

36.- Así las cosas, insiste la Sala que en aquellos eventos en los que se presenta incertidumbre respecto de cuál es la mejor opción médica para tratar al/ a la paciente, le corresponde a las autoridades judiciales en sede de tutela conferir una especial protección al principio de autonomía y, en ese orden de ideas, verificar que se haya garantizado en debida forma el acceso a los elementos de juicio indispensables para emitir un consentimiento

cualificadamente informado.

37.- A partir de los documentos que obran como medios de prueba en el expediente resulta factible constatar que en el caso examinado se está en presencia de un consentimiento cualificadamente informado. El peticionario conoce cuáles son los procedimientos, tratamientos, intervenciones y alternativas médicas para tratar la enfermedad terminal que padece así como los riesgos y las bondades que con ellos se ligan. Por ese motivo debe la Sala garantizarle su derecho a optar por la vía que tiene razones para valorar y no puede esgrimir excusas de orden moral, económico o burocrático para imponerle un camino determinado así tal imposición esté guiada por las mejores intenciones pues con ello desconocería su derecho a la autonomía en tanto expresión de la cláusula general de libertad e iría en contravía del principio de pluralismo contenido en el artículo 1º superior.

38.- Por los motivos expuestos, la Sala Octava de Revisión concederá el amparo invocado y ordenará a la Armada Nacional – Sanidad Batallón Fluvial de Infantería Marina No. 40 – que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho (48) contadas a partir de la notificación de la presente sentencia autorice el servicio de paracentesis abdominal en el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE cada vez que la condición de su salud del ciudadano EDINSON CORREA PÉREZ lo requiera y la realización de procedimientos y tratamientos que los médicos tratantes sugieran para mejorar su estado de salud y calidad de vida.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 28 de agosto de 2007 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, CONCEDER el amparo invocado por el ciudadano Edinson Correa Pérez.

SEGUNDO: ORDENAR a la Armada Nacional – Sanidad Batallón Fluvial de Infantería Marina No. 40 – que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho (48) contadas a partir de

la notificación de la presente sentencia autorice, si así lo tiene a bien el ciudadano EDINSON CORREA PÉREZ, el servicio de paracentesis abdominal en el Hospital Departamental San Juan de Dios de Puerto Carreño ESE cada vez que la condición de su salud lo requiera así como la realización de procedimientos y tratamientos que los médicos tratantes sugieran para mejorar su estado de salud y calidad de vida.

TERCERO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 Sentencia T-859 de 2003.

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

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

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

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

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999.

7 El médico no se restringió a ordenar que el comportamiento del paciente fuera valorado por un psicólogo sino que exteriorizó su inconformidad con la actitud del paciente quien a su juicio no sólo estaba poniendo en peligro su propia vida sino que “estaba negociando con los elementos sobrantes de su tratamiento de diálisis.” La entrevista efectuada por los psicólogos arrojó como resultado que se trataba de un “paciente negligente, que [daba] la impresión de hostilidad con sagacidad expresada principalmente contra él, contra el Dr. Muñoz y contra el medio social en que ha vivido, aunque parece que no sean tan sinceras, su actitud y sus manifestaciones, siendo más de tipo teatrales, teniendo detrás componentes francamente sociopáticos”. Concluyó el informe que el paciente padecía “de trastorno antisocial de personalidad en el que existe una historia de conducta antisocial de personalidad que va de leve a grave, y que es continua y crónica, en la que se violan los derechos de los demás”. Teniendo como fundamento la valoración psicológica el médico resolvió aplicar un tratamiento más estricto consistente en una hemodiálisis, esto es, “un filtrado externo de la sangre del paciente en forma exclusivamente intra-hospitalaria.” El nuevo tratamiento fue rechazado por el paciente quien sostuvo que someterlo a este procedimiento significaba un cambio rotundo en su vida pues tendría que permanecer conectado a una máquina y que temía morir dado que un hermano suyo, tratado por el mismo médico había muerto precisamente cuando lo trataba el mismo médico y le practicaba hemodiálisis.

8 La Corte explicó como se transcribe a continuación las características del caso bajo revisión. La desavenencia entre médico y paciente ocasionó una pérdida de credibilidad del paciente frente al galeno. La percepción del problema por parte del paciente “puede ser expresada en cierta medida como una falta de seguridad sobre la conveniencia o inconveniencia de las decisiones tomadas por el médico, luego de la disputa acaecida a raíz del conteo de las bolsas utilizadas para mantener el líquido empleado para la diálisis. Frente a la posibilidad de que la disputa con el galeno hubiese tenido incidencia en la decisión de variar el tratamiento, el peticionario sintió temor y por ello interpuso la tutela como un mecanismo encaminado a evitar un daño. Por eso su solicitud judicial estuvo dirigida a la revisión de su caso, de tal manera que se estableciera sí la decisión del médico fue tomada, como el mismo lo señala, “por capricho como actitud más bien de castigo por su comportamiento de no contar las bolsas”./El médico, por su parte, también adoptó una postura cuyo elemento determinante provino del enfrentamiento personal con su paciente, el cual, lo explica como un resultado de los trastornos psicológicos que afectan al enfermo y que fueron confirmados por especialistas

en la materia. El médico estimó que el paciente no se encontraba en capacidad mental para poder continuar con el tratamiento de diálisis. Carecía entonces del juicio suficiente para poder consentir libremente por un tipo específico de tratamiento.”

9 Después de examinar otras alternativas, el médico tratante consideró que el mencionado tratamiento era la única alternativa terapéutica. Luego de la evaluación efectuada por un Comité Técnico Científico, se llegó a la conclusión de que el trasplante podía realizarse en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín y se dijo que era un tratamiento que se encontraba en “fase experimental y no [presentaba] la validez universal que [tenía] el trasplante de médula con donante no familiar.” La E. P. S. demandada, por su parte, les propuso a los padres efectuar un trasplante heterólogo no mieloablativo a lo que el padre se negó al no haber sido recomendado dicho procedimiento por el médico tratante. Encontrándose en curso el proceso de revisión, el médico oncohematólogo recomendó una tercera alternativa consistente en un trasplante autólogo con purga de médula que debía ser practicada parcialmente en el exterior. LA E. P. S. demandada estuvo dispuesta a sufragar los gastos del procedimiento, y los padres del menor aceptaron costear los gastos del traslado y la estadía. No obstante lo anterior, después de la aprobación de Cafesalud, el médico especialista en el exterior afirmó que tal procedimiento estaba contraindicado en el presente caso.

10 “Artículo 8º (...)/ “En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, organización mundial de la salud y la organización panamericana de la salud.”

11 Corte Constitucional. Sentencia T-096 de 1999.

12 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-428 de 1998; T-059 de 1997; T-109 de 1999.

13 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1998 y T- 448 de 1999.

14 Esta posición jurisprudencial ha sido adoptada, entre otras, en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997, T-665 de 1997, T-378 de 2000, T-749 de 2001, T-262 de 2002 y T-1125 de 2002.

15 En ese sentido recordó lo siguiente: “La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.” “La actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente (T-059/99), luego el juez no puede valorar un tratamiento.”

16 La Corporación estimó que en el asunto bajo examen era importante contextualizar el problema en el sentido que se transcribe a continuación: “se discute la oportunidad para la suspensión de la droga genotropin que se suministraba a un menor que fue diagnosticado desde pequeño con déficit parcial de la hormona de crecimiento. Relata la demanda de tutela que desde los 5 años de edad, el menor Juan Diego Riveros debido al diagnóstico referido, padece déficit parcial de la hormona de crecimiento, y se mantuvo en tratamiento con la medicación indicada hasta cuando la médico tratante ordenó suspenderlo por considerar que había llegado a una estatura aceptable psicológica y socialmente./En efecto, de los datos del expediente y de la consulta efectuada por este Despacho, se tiene que el déficit de la hormona de crecimiento consiste en la disminución de la producción de dicha hormona a nivel de la glándula hipofisiaria, lo cual determina que el ritmo de crecimiento sea menor que lo normal. El tratamiento con la hormona de crecimiento normaliza el ritmo de crecimiento y ayuda a lograr una talla dentro de los rangos normales. No existe ningún tratamiento diferente a la hormona de crecimiento para tratar el déficit de la misma y al no tratar al menor con ella el ritmo de crecimiento es bajo y la talla final no queda dentro de los rangos normales.”

17 Cf. 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.

18 Corte Constitucional. Sentencia T- 412 de 2004.

19 En la ética hipocrática del siglo IV a C. predominaba lo que se dio en llamar el paternalismo y que dominó los primeros veinticinco (25) siglos de existencia de la medicina. El paternalismo era para los griegos un signo de distinción profesional, una obligación moral estricta. Así, el buen médico era el médico paternalista y por ello en el breve tratado hipocrático titulado “Sobre la decencia” podía leerse lo siguiente: “De manera que, en el médico debe hacerse patente una cierta vivacidad, pues una actitud grave le hace inaccesible tanto a los sanos como a los enfermos. Y debe estar muy pendiente de sí mismo sin exhibir demasiado su persona ni dar a los profanos más explicaciones que las estrictamente necesarias, pues eso suele ser forzosamente una incitación a enjuiciar un tratamiento. Ninguna de estas cosas debe hacer de manera llamativa ni ostentosa. Y se afirmaba también “haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras, anímale con solicitud y amabilidad, sin mostrarle nada de lo que le va pasar ni de su estado actual.” Principi di etica biomedica. Tom L. Beaucham- James F. Childress. Edizione Italiana Casa editrice le lettere. 1999.

20 Recuerda la Corte cómo en la Ilustración “aflorea de este modo el principio de autonomía” y cómo el filósofo Immanuel Kant “se convierte en su gran artífice al afirmar que la ley moral no puede provenir de fuera del sujeto, sino que es el propio hombre, actuando racionalmente el que tiene que dársela a sí mismo. Así pues, el principio del respeto de la persona (principio kantiano) pertenece a una concepción moral, en la que se dice que la dignidad del ser humano reside en su autonomía moral, y por tanto, en su libertad (principio de autonomía).”

21 “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” Julio Cesar Galán Cortés. Editorial Colex 1997.

22 A propósito de ese tópico, hizo memoria la Corte acerca de cómo esta problemática ya había sido planteada por la 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." Recordó la Corporación cómo similares consideraciones fueron hechas en las sentencias SU-337 de 1999, T-850 de 2002 y T-1025 de 2002 y T-1021 de 2003.Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario. ANTONIO PEDREIRA ANDRADE. Conferencia.

23 "La intervención jurídica en la actividad médica." Cuaderno número 5 Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid.

24 Ruiz Vadillo E. La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales. Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 1996.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1992. En igual sentido T-119, 229, 1253,1384 de 2000, entre otras.

26 La misma jurisprudencia constitucional ha destacado la necesidad de examinar las circunstancias de cada asunto específico y ha subrayado que los distintos asuntos pueden presentar dificultades adicionales por manera que no es factible subsumirlos bajo una regla

general y deben ser estudiados de modo concreto: ¿cuáles son, por ejemplo, los alcances que debe dársele a la autonomía de personas con limitaciones psíquicas o mentales cuando se trata de adoptar decisiones sobre su propia vida? ¿Es factible que el Estado imponga decisiones que restringen la autonomía de las personas bajo el argumento de evitarles que incurran en actuaciones “que objetivamente perjudican su salud o integridad física?”

27 Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994.

28 Ibíd.

29 Dentro de estas excepciones, son bien conocidos los casos de la imposición obligatoria de vacunas y la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad como norma general de tránsito de vehículos automotores. Sobre las vacunas se dijo en sentencia SU-037 de 1999 (fundamento jurídico número 13):

“En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.”

Sobre la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los vehículos, se dijo en sentencia C-309 de 1997 (fundamento jurídico número 19):

“La obligatoriedad del cinturón de seguridad no sólo cumple los requisitos sino que incluso puede ser considerada como el prototipo de una medida coactiva de protección legítima y compatible con el respeto de la autonomía individual. Este dispositivo de seguridad no sólo salvaguarda valores esenciales del ordenamiento, como la vida y la integridad personal, sino que también es razonable considerar que protege la propia autonomía, ya que una persona que resulta gravemente afectada por un accidente pierde muchas alternativas vitales, siendo en general razonable presumir que la persona no quería asumir tal riesgo. La carga que se impone a la persona es mínima, mientras que el efecto protector es claro y sustantivo, pues se trata de evitar graves lesiones o innecesarias pérdidas de vidas humanas. Esta medida no

impone un modelo de vida, pues es plausible pensar que son muy pocos los que realmente quieren asumir los riesgos de la velocidad, por lo cual la no utilización del cinturón es en general debida a una debilidad de voluntad o a presiones de terceros. La sanción no es excesiva, pues se trata de una multa que no es particularmente elevada. La sociedad tiene un interés evidente, no sólo porque la Constitución es favorable a la vida y a la salud sino además por cuanto, conforme al principio de solidaridad, es a ella a quien corresponde sufragar, en muchos casos, los costos de atención médica derivados de lesiones que podrían no haber ocurrido si se hubiera utilizado el cinturón de seguridad. La prohibición se aplica para la conducción de vehículos en lugares públicos, con lo cual se evita que la conducta riesgosa de no utilizar el cinturón en esa esfera tenga un efecto inductor sobre otras personas y genere conductas imitativas que el Estado tiene el derecho de desestimular. Finalmente, las heridas o la muerte derivadas de una colisión en la cual la mayor parte de los daños provienen de la falta de empleo de ese dispositivo de seguridad pueden representar mayores problemas jurídicos y económicos para terceras personas, puesto que pueden significar mayores deberes de indemnización para los conductores de otros vehículos. La imposición por la ley de la obligación de llevar cinturón de seguridad es legítima y no vulnera la autonomía personal.”

30 *Ibíd*em

31 Sobre el particular ha agregado la Corte: “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia, simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (CP art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho.” [T-532/92. Fundamento Jurídico # 3]