

Sentencia T-234/07

DERECHO A LA SALUD-Razones de la EPS para no practicar el procedimiento quirúrgico por ser inconveniente y no idónea para la patología del actor

No se autoriza la operación porque implica más riesgos que beneficios para el paciente; sino, el fundamento de ello sería también que el procedimiento tampoco es idóneo para la patología del actor. La Sala considera que de las pruebas contenidas en el expediente, se puede concluir desde el punto de vista jurídico, que se ha negado el reconocimiento de la operación al paciente, tanto porque es inconveniente, así como “no-idónea” para su patología.

DERECHO A LA SALUD-Distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia del procedimiento médico

DERECHO A LA SALUD-Carácter gradual de la valoración de los efectos de un tratamiento médico/DERECHO A LA SALUD-Conveniencia o no de un tratamiento médico es importante desde la perspectiva en que el paciente vaya a tomar la decisión

Dentro de la cultura general a la que pertenece nuestra cultura médica, es posible afirmar que una cosa es la valoración consistente en que de la condición del paciente y a partir de un criterio médico-científico un tratamiento determinado no es el propio para su patología, es decir no es idóneo; y otra distinta la que supone que la realización de un procedimiento médico depende de la expectativa de los beneficios a conseguir por el paciente, es decir de su grado de efectividad, y de la comparación de esta expectativa con la de los riesgos que implica, esto es, que sea discutible su conveniencia. El carácter gradual de la valoración de los efectos de un tratamiento médico, como quiera que se deriva de la consideración de expectativas positivas, como su idoneidad, y negativas, como los riesgos previsibles e imprevisibles, puede generar discrepancias en cuanto a la conveniencia o inconveniencia de su práctica. Cada comunidad médica y cada institución médica tienen visiones distintas de cada uno de los criterios anteriores, pues su experiencia, confianza, capacidad científica e infraestructura, entre otros, es diferente. Y en segundo término, si bien por lo general los pacientes no tienen los conocimientos para controvertir la idoneidad de un procedimiento, por un lado gozan de la potestad de decidir si se someten o no a éstos, y, por otro, tienen la mayoría de las veces expectativas acerca de su salud, a partir de la confianza que depositen

en los médicos o del prestigio o experiencia de una cierta comunidad médica por ejemplo, y pueden considerarlas como factores determinantes para decidir sobre el sometimiento a algún tratamiento. Así, sobre la conveniencia o inconveniencia de un tratamiento médico, aparte de los protocolos médicos, es también muy importante la perspectiva desde la que el paciente pretenda adoptar la decisión.

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

En materia del cuidado de la salud y del correspondiente sometimiento a tratamientos médicos para conjurar dolencias físicas, cabe afirmar que por regla general, 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.

DERECHO A LA SALUD-Médico tratante es el único capaz de determinar la idoneidad de un tratamiento médico/TRATAMIENTO MEDICO-Juez solo puede ordenar lo indicado por el médico tratante

Los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.” Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.” Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud. Es decir, los coloca como únicos sujetos directamente vinculados por las obligaciones legales de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, según las cuales los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente, esto es, idóneos. Como se ve, el principio normativo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, a partir del cual se afirma que el juez no puede ordenar ni controvertir con argumentos jurídicos las disposiciones médicas en cuanto a la práctica de tratamientos

médicos, tiene como contexto debates sobre la idoneidad de los procedimientos en cuestión. Ello ratifica lo afirmado respecto de la posición de los médicos como los únicos sujetos que pueden determinar la idoneidad de los tratamientos, mediante criterios médico-científicos no reemplazables por criterios jurídicos.

CRITERIOS DE ESPECIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Alcance

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

JUEZ DE TUTELA-No puede ordenar la práctica de examen o tratamiento médico desconociendo los conceptos de médicos especialistas

Referencia: expediente T-1162298

Acción de tutela instaurada por Angela María Flórez Molina en representación de Nicolás Alonso Acevedo Cardona contra SUSALUD E.P.S.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33

y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado en primera instancia por el Juzgado Primero Penal Municipal de Caldas-Antioquia, de junio 03 de 2005, y en segunda instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí el 12 de julio de 2005, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El señor NICOLÁS ALFONSO ACEVEDO CARDONA, sufrió heridas causadas por arma de fuego y quedó parapléjico. Fue atendido por su EPS SUSALUD.

1. Año y medio después de la ocurrencia de este suceso, acudió nuevamente al médico que lo atendió en aquel entonces, Dr. HECTOR JARAMILLO B., el cual incluyó dentro de las observaciones del informe de evaluación y tratamiento: “orden de cirugía laminectomía y esquirlectomía” (Cuad 2 Fl. 5); así como en la historia clínica: “paciente que amerita laminectomía y esquirlectomía, creo que esto mejora la cicatriz y la fibrosis y es evidente que ha mejorado” (Cuad 2 Fls. 22 y 35). Dicho procedimiento se encuentra incluido en el POS.

1. Luego, el caso clínico del señor ACEVEDO CARDONA fue evaluado por un Staff de columna que dictó un diagnóstico a partir del cual el médico tratante, Dr. HECTOR JARAMILLO B., incluyó la siguiente conclusión en la historia clínica:

“Paciente que fue estudiado por staff de columna (fisiatría, neurocirugía y otros) se hizo análisis de la historia clínica además de estudiar con resonancia donde se demostró que

médula tenía zona de encefalomalasia no hay compresión extrínseca por material extraño óseo o metálico.

Considero que la resonancia es un examen definitivo para definir la compresión o no que no había solicitado porque el magneto del resonador ante la presencia de esquirlas metálicas la imagen se distorsiona y no se logra ver bien la médula pero en este caso, como eran tan mínimos se pudo descartar la compresión medular.

Por lo tanto ante el resultado hablo con la familia del paciente que trae el examen y les explico:

1. Que la solicitud de cirugías de columna por protocolo van a un staff de columna y éste es el que define si se hace quirúrgico o no la patología de los pacientes.

2. Que ante los resultados de la resonancia considero que el paciente no se beneficia de la cirugía y que es (SIC) más los riesgos que los beneficios a alcanzar". (Cuad 2 Fl. 35)

- 4.- A raíz de lo anterior, el procedimiento quirúrgico en cuestión no fue ordenado por la EPS, y la señora Angela María Flórez Molina en su calidad de compañera permanente, interpuso acción de tutela en representación de Nicolás Alonso Acevedo Cardona, en la que solicitó que se ordenara a la EPS realizar la cirugía en comento.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Informe de evaluación y tratamiento del paciente NICOLÁS ALFONSO ACEVEDO CARDONA, suscrito por el Dr. HECTOR JARAMILLO B. el 6 de abril de 2005 (Cuad. 2 Fl. 5)

1. Copia de la historia clínica del paciente NICOLÁS ALFONSO ACEVEDO CARDONA fechada el 26 de mayo de 2005. (Cuad. 2 Fls. 22 y 35)

1. Escrito de la demanda de tutela instaurada por la señora Angela María Flórez Molina en

representación de Nicolás Alonso Acevedo Cardona. (Cuad 2. Fls. 1 y 2)

1. Declaración rendida por la señora Angela María Flórez Molina ante el juez de tutela de primera instancia, del 26 de mayo de 2005. (Cuad. 2. Fl.12)

1. Contestación de la demanda de tutela, suscrita por la entidad demandada, SUSALUD EPS, del 26 de mayo de 2005. (Cuad. 2 Fls. 14 a 18)

1. Fallo de tutela de primera instancia, del 3 de junio de 2005, dictado por el Juez Primero Penal Municipal de Caldas-Antioquia. (Cuad 2. Fls. 37 a 55)

1. Escrito de impugnación del fallo de tutela de primera instancia, de junio 13 de 2005. (Cuad. 2 Fl. 56 a 59)

1. Sentencia de tutela de segunda instancia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, de julio 12 de 2005. (Cuad 2. Fls. 63 a 69)

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera instancia

El juez de tutela de primera instancia, negó parcialmente el amparo por considerar que no se estaban vulnerando derechos fundamentales al paciente ACEVEDO CARDONA. En primer lugar, el a quo identificó tres peticiones de la tutelante. Una correspondiente al reconocimiento de un medicamento excluido del POS, la cual fue concedida. Otra relativa a la solicitud de atención integral al paciente, por parte de la EPS demandada, la cual fue declarada improcedente. Y la tercera, la relacionada con el reconocimiento de la cirugía

denominada laminectomía y esquirlectomía, frente a la que consideró el juez "...que al accionante representado en lo relacionado con la autorización para la cirugía LAMINECTOMÍA, no se le están violando los derechos invocados (...), ni tampoco se encuentran amenazados, (...) más bien se le está previniendo de un alto riesgo en el caso de practicársele dicha cirugía...".

La anterior conclusión fue sustentada por el a quo diciendo que el actor no tuvo en cuenta que la consideración del médico tratante en un primer momento, según la cual la cirugía en cuestión era aconsejable, debía ser evaluada por el staff de columna de la entidad, el cual "concluyó que es una cirugía de alto riesgo que en nada va a beneficiar al paciente..."

Impugnación del fallo

La señora FLÓREZ MOLINA, en representación del paciente ACEVEDO CARDONA, debido a su condición de parapléjico, interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez consistente en negar la solicitud de reconocimiento de la cirugía en comento. Alegó que resulta claro que la única razón por la que se le ha negado la realización de la cirugía al paciente, es que éste corre demasiado riesgo con la intervención, lo que en su opinión, "...en ningún momento puede servir de excusa para negarle esta posibilidad de volver a recobrar (sic) su locomoción, porque todos absolutamente todos los procedimientos quirúrgicos conllevan a un riesgo (sic) y es el paciente el que debe dar su aprobación o no al riesgo que se pretende asumir, lo cual mi compañero está dispuesto a correr, porque es preferible para él tomar esta decisión que permanecer toda la vida como un vegetal en una cama o en una silla de ruedas."

Agrega, que en su parecer, la decisión del staff de columna de SUSALUD, "...no es con fundamento científico, sino por razones económicas, por los costos del procedimiento quirúrgico".

Segunda Instancia

El ad quem confirmó en su totalidad el fallo de primera instancia. Ratificó las razones presentadas por el a quo, y añadió que "...el Dr. Héctor Jaramillo es especialista en neurocirugía y es él la persona indicada para determinar la procedencia o no de la intervención quirúrgica que reclama el señor Nicolás Alonso, por lo tanto no es el paciente la

persona llamada a determinar si la cirugía debe o no realizarse. Si un galeno de esas calidades no recomienda la laminectomía, no puede el Despacho [Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí] ordenar su práctica desconociendo la opinión de un profesional especialista en el ramo, muy a pesar de que el paciente no comparta la opinión.”

Concluye diciendo que “es cierto que un paciente decide cuáles riesgos desea correr y cuáles no, pero no puede pretender que un juez de tutela, carente de todo conocimiento médico, contraríe conceptos de especialistas y ordene la realización de una cirugía que pone en riesgo la vida del paciente, pues en lugar de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos terminaría poniéndolos en peligro, sólo por ir en pos de una expectativa remota de recuperación, la cual expertos en la materia ya descartaron”.

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.

Problema jurídico planteado en el presente caso.

2.- El señor Nicolás Alfonso Acevedo Cardona, quien se encuentra afiliado a la E.P.S. SUSALUD, es parapléjico a causa de una herida de arma de fuego en la columna vertebral. Acudió a control con el médico que inicialmente atendió su patología, y éste consignó en la hoja de evaluación de la historia clínica, en el espacio correspondiente a las recomendaciones, la orden de cirugía laminectomía y esquirlectomía, incluida en el POS. Al mes siguiente el mencionado médico le informa, que las solicitudes de cirugía de columna deben ser conocidas por un Staff de columna (grupo de médicos especialistas), el cual decide sobre la realización del procedimiento, y que luego de revisados unos exámenes médicos ordenados por los especialistas mencionados, se consideró que la cirugía en cuestión implica para el paciente más riesgos que beneficios, razón por la cual no fue practicada.

La compañera permanente del señor Acevedo Cardona interpone en representación de éste acción de tutela, solicitando el reconocimiento de la cirugía mencionada, de un medicamento

excluido del POS y de atención integral por parte de la EPS SUSALUD. El juez de tutela de primera instancia concede lo relativo al medicamento y declara improcedentes las otras dos solicitudes por considerar que no existe vulneración de los derechos fundamentales. La actora impugna la anterior decisión en lo relativo al no reconocimiento de la cirugía laminectomía. Argumenta que el paciente es plenamente consciente de los riesgos que implica el procedimiento, y está dispuesto a someterse a ellos. El ad quem confirma lo propio, por considerar que quien puede decidir sobre la realización de un procedimiento quirúrgico, a partir de la valoración de los posibles beneficios y riesgos que éste genera, es el médico y no el paciente.

3.- De conformidad con lo anterior, esta Sala de Revisión deberá establecer quién puede decidir sobre la realización de la cirugía laminectomía (incluida en el POS), el médico o el paciente; teniendo en cuenta que este último alega que se ha vulnerado su derecho a decidir sobre el sometimiento a un tratamiento médico cuyos riesgos está dispuesto a asumir.

No obstante, en consideración a que según se consigna en la respuesta a la demanda de tutela suscrita por la EPS, la razón de la negativa de la realización de la cirugía es el alto riesgo y la poca expectativa de beneficios que con ella conseguiría el paciente; la Sala deberá analizar preliminarmente el alcance de la fundamentación que da la E.P.S para no reconocer el procedimiento quirúrgico, a la luz de lo consignado no sólo en el escrito de respuesta de la tutela, sino también de las observaciones contenidas en la historia clínica.

Lo anterior, con el fin de distinguir entre razones que sugieren la falta de idoneidad del procedimiento médico en cuestión, de aquellas que sugieren la inconveniencia del mismo, pues como se mostrará a continuación, según la justificación en la que se base la negativa del reconocimiento de la operación, así mismo variará el análisis jurídico del caso. Luego de ello, los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia dependerán de si lo que obra en el expediente permite concluir que las razones de la E.P.S, son de una u otra índole (falta de idoneidad o inconveniencia).

Análisis Preliminar. Razones de la E.P.S SUSALUD para no practicar el procedimiento quirúrgico. Distinción entre la falta de idoneidad y la inconveniencia del procedimiento médico.

4.- La E.P.S SUSALUD, en respuesta a la demanda de tutela, dirigió oficio al Juez Primero

Penal Municipal de Caldas (Cuad. 2 Fls. 14 a 18), en el que manifestó las razones por las cuales no procedía la realización del procedimiento quirúrgico solicitado por el actor. Así, SUSALUD argumenta que el concepto del médico tratante, Dr. Héctor Jaramillo (Neurocirujano), en el sentido que el “paciente no se beneficiaría de la cirugía solicitada denominada LAMINECTOMÍA, pues considera que son más los riesgos que los beneficios a alcanzar”, es la justificación por la cual la E.P.S no ha ordenado la práctica del procedimiento.

En opinión de la EPS, de lo anterior se desprende que la denegación de la práctica del procedimiento, “obedece a un criterio médico y no a un capricho” de la entidad prestadora del servicio de salud. Luego, contrario a lo que plantea el tutelante la cirugía “no ha sido realizada no por una negativa de la accionada [SUSALUD], sino porque los médicos tratantes no han considerado la pertinencia de su realización por no generarle beneficios al paciente sino que por el contrario puede elevar los riesgos.”

Según la Entidad, tratándose de un criterio médico que obra como fundamento para determinar si se ordena o no la práctica de un procedimiento quirúrgico, éste “no puede pasarse por alto y tutelar los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, cuando es eso en últimas lo que se busca evitar”. Sobre el particular, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-378 de 2000), según la cual para que el juez de tutela ordene la práctica de un procedimiento o tratamiento médico, debe tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante, y no puede ordenarla directamente.

5.- De lo anterior, esta Sala de Revisión considera inicialmente que según el escrito de respuesta a la demanda de tutela por parte de la EPS SUSALUD, las razones para negar la práctica del procedimiento se relacionan con el grado de efectividad de la cirugía mencionada respecto de los riesgos que ésta implica. Esto puede significar entonces, que no está en duda la idoneidad del procedimiento. Es decir, que el Staff de columna de la E.P.S no descartó la práctica de la operación porque ésta no sea idónea, esto es, no la descartó porque no tenga que ver con el estado de salud del paciente. Por el contrario, se podría afirmar que se encontró la posibilidad de una mejoría eventual, pero esto, en relación con los riesgos derivados su realización, llevó a los médicos a concluir que no es prudente (desde el punto de vista médico) llevarla a cabo.

A esta conclusión se llega porque SUSALUD ratifica la afirmación del médico tratante, en el sentido que la cirugía solicitada por vía de tutela implica para el paciente más riesgos que beneficios (Cuad # 2. Fl. 14). Y, la interpretación más razonable de la anterior afirmación es que no se descartan totalmente los beneficios pero, los riesgos son más altos que éstos.

Lo que se logra extraer de la posición de los médicos especialistas de SUSALUD, es que la valoración de los resultados de la cirugía desde el punto de vista médico, es la razón que derivó en la negativa del reconocimiento de la operación. Mediante esta valoración se han ponderado los posibles beneficios, que son notablemente inferiores, con los posibles riesgos, que son altos. Y, se ha concluido que a la luz del deber de protección de los médicos y del mismo sistema de salud frente a los pacientes, no resulta conveniente practicar la operación.

En otras palabras, y una vez analizado el escrito de la contestación de la tutela, cabe señalar que el cuerpo especializado de médicos considera que el procedimiento denominado LAMINECTOMÍA, si bien da cuenta directa de la patología del paciente, es decir es idóneo; la expectativa de beneficio que podría aportarle al actor es tan baja, y los riesgos que conlleva tan altos, que no conviene someterse a ellos por un beneficio tan mínimo y además incierto.

6.- Con todo, la Corte Constitucional encuentra que de lo obrante en el expediente se puede desprender también otra conclusión. Esto, en tanto la valoración inicial del tratamiento para la patología del tutelante fue replanteada a su vez por un grupo de médicos especialistas (Staff de Columna de SUSALUD EPS), en virtud de una segunda valoración que por protocolo se realiza en este tipo de casos. A partir de dicha valoración por parte del grupo de médicos, el médico tratante consignó en la historia clínica que a raíz de la práctica de una “resonancia” se había demostrado que no existía “compresión extrínseca” sobre la médula. Agregó que dicha resonancia no se había ordenado antes, por cuanto “el magneto del resonador ante la presencia de esquirlas metálicas” distorsiona la imagen.

El médico tratante parece dar a entender pues, a partir del diagnóstico del grupo de especialistas¹ posterior a la valoración del paciente, que la idoneidad del procedimiento denominado LAMINECTOMÍA tiene como sustento que la resonancia magnética arroje como resultado la presencia de “compresión extrínseca [de la médula] por material extraño óseo o metálico”, lo cual, justamente, no se da según el examen practicado al paciente. Es decir,

que respecto de la patología del actor, el procedimiento médico en cuestión no tiene cabida en virtud del resultado del mencionado examen.

En este orden, la conclusión lógica parecería ser que la idoneidad del procedimiento médico solicitado en la tutela ha quedado desvirtuada. Y, la razón de la negativa del reconocimiento del mismo no sería entonces sólo la consignada en la contestación de la tutela, según la cual no se autoriza la operación porque implica más riesgos que beneficios para el paciente; sino, el fundamento de ello sería también que el procedimiento tampoco es idóneo para la patología del actor.

7.- Frente a lo explicado, la Sala considera que de las pruebas contenidas en el expediente, se puede concluir desde el punto de vista jurídico, que se ha negado el reconocimiento de la operación al paciente, tanto porque es inconveniente, así como “no-idónea” para su patología.

Lo anterior puede resultar problemático en la medida en que según se trate de razones de inconveniencia o de razones de falta de idoneidad médica, para negar el reconocimiento de un procedimiento incluido en el POS, como es el caso, el análisis jurídico es distinto. Pues, de entrada cabe señalar que si un procedimiento se cataloga por un criterio médico como no-idóneo - en el sentido que no es el propio para la patología de un paciente -, según la jurisprudencia constitucional ni el paciente ni el juez gozan de potestad para controvertir la negativa de su realización. Mientras que si se cataloga de inconveniente - en el sentido que la discusión se da alrededor de su grado de efectividad-, resulta discutible si la decisión de su práctica o no-práctica puede ser tomada unilateralmente por los médicos.

8.- Podría decirse, que la distinción planteada por la Sala es superflua en la medida en que la afirmación del médico tratante según la cual la cirugía no debe practicarse porque representa más riesgos que beneficios para el paciente, plantea una razón de inconveniencia médica que a su vez debe interpretarse como una razón de falta de idoneidad. Pues, finalmente quienes evalúan los riesgos y los beneficios del procedimiento son los médicos, y además lo hacen con base en el resultado de un examen médico.

Esta interpretación no es satisfactoria, porque el sentido de la justificación para no autorizar un procedimiento quirúrgico consistente en que éste resulta más riesgoso que beneficioso, corresponde a un juicio médico-científico según el cual para determinar la improcedencia de

una cirugía, se pone por encima la consideración de los riesgos derivados de su práctica, cuando las expectativas médicas a favor del paciente son exiguas. Esto es, un juicio a partir del cual, pese a que un tratamiento médico resulte idóneo, sólo se practica si las expectativas positivas para el paciente son mayores a los riesgos a que se somete.

Esto sin duda es razonable², pero confunde los deberes del médico con los derechos del paciente, anulando los últimos, y coloca a los médicos como los únicos sujetos que pueden valorar la conveniencia de un tratamiento, cuando lo cierto es que son los únicos que pueden establecer su idoneidad bajo criterios médicos. Lo que es distinto al hecho de que existe un margen de decisión en cabeza de los pacientes respecto de la conveniencia o inconveniencia de someterse a determinados tratamientos médicos, esto es, a decidir autónomamente con base en el grado de efectividad que se le presente respecto de un determinado tratamiento³. Por ello la distinción en mención resulta útil, en la medida en que permite respetar dicho margen, el cual forma parte de los derechos de los pacientes.

9.- De otro lado, tratándose de tratamientos médicos que forman parte del Plan Obligatorio de Salud, es decir que deben ser asumidos económicamente por las EPS, resulta también desfavorable a los derechos de los pacientes que no se distinga entre inconveniencia y falta de idoneidad de los tratamientos médicos. Pues, se corre el riesgo que las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud, sólo reconozcan tratamientos incluidos en el POS, a partir de una valoración de sus potenciales riesgos y beneficios, en razón - por ejemplo- a su costo.

Esta consideración resulta importante en contextos de prestación del servicio de salud que como el colombiano, discriminan entre prestaciones obligatorias a cargo de las empresas que garantizan el servicio y otras no obligatorias, para cuyo acceso la carga económica es en principio del paciente. Así, como quiera que las empresas prestadoras del servicio se comprometen a satisfacer algunas necesidades y otras no, el elemento del equilibrio económico tiene enorme relevancia para efectos de exigir de dichas empresas el reconocimiento de los tratamientos⁴.

Ahora bien, el cubrimiento de los costos de los servicios contratados u obligatorios, forma parte de los egresos que la empresa prestadora debe hacer en determinado momento. Aunque, de igual manera, si se tiene en cuenta la limitación de recursos, no sólo de estas

empresas sino del sistema de salud en general, su administración debe procurar la correcta y adecuada inversión de éstos, lo cual incluye por supuesto racionalizar su gasto.

De conformidad con esta dinámica económica que subyace a la prestación de los servicios de salud, la distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia de los tratamientos médicos, surge como una forma de garantizar los derechos de los pacientes; pues, es posible que por razones de costos, y en pro de disminuirlos, se nieguen a los pacientes opciones de tratamientos idóneos, incluidos en el POS, pero económicamente contrarios a una idea determinada de administración de recursos. De hecho, las posiciones más críticas de los nuevos modelos de atención en salud implementados en los países latinoamericanos⁵, explican que las empresas que tienen como fin administrar la prestación de los servicios de salud tuvieron como "...propósito original disminuir los altos costos de la atención médica, lo que lograron inicialmente a través de:

(...)

* Negar al paciente opciones de diagnóstico o tratamiento necesarias, pero costosas, privilegiando el criterio de estas empresas por encima del juicio clínico del médico responsable."⁶

10.- Conviene pues distinguir si el reconocimiento de un tratamiento médico se ha negado porque no es idóneo o porque el criterio médico-científico ha valorado la eficacia del mismo en detrimento de su realización, para así poder salvaguardar los derechos de los pacientes de tomar decisiones auto-responsables respecto del cuidado de su salud, tanto como para evitar que el contexto de la prestación de los servicios de salud privilegie criterios ajenos a la dignidad y a la buena salud misma. Valga decir, establecer que en el análisis del reconocimiento de un tratamiento médico no se deben anteponer criterios económicos por parte de quienes garantizan el servicio.

La falta de atención en esto último, puede derivar incluso en situaciones indeseables e inaceptables en un Estado constitucional de derecho. Un ejemplo de ello sucede cuando se trata de decidir sobre el sometimiento a un tratamiento médico calificado de inconveniente, pues si el paciente tiene los medios económicos para costearlo por fuera del servicio de salud garantizado por el Estado, entonces se respetaría su parecer y se haría uso del consentimiento informado por escrito, para salvar la responsabilidad del médico⁷. Pero, si el

paciente no cuenta con los medios para sufragarlo y debe solicitarlo al sistema de salud, entonces se afirmaría que sobre su práctica es más importante el criterio médico que determinó su inconveniencia, pues ya no está solamente en juego el elemento de la responsabilidad del médico sino los recursos con los que se va a solventar del tratamiento. Si existen criterios ajenos a los médicos, tal como los criterios económicos, el consentimiento informado por escrito de los pacientes no es una herramienta eficaz para armonizar el respeto de la autonomía de los pacientes y la responsabilidad y deberes de los médicos. Esta idea por demás, va en contravía del principio de justicia sobre el que, entre otros, se basa la actividad médica, y según el cual se debe procurar 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)."⁸

Distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia de un examen o tratamiento médico.

11.- La distinción que acaba de exponer la Sala puede sustentarse igualmente, tanto en la legislación colombiana en materia de ética médica como en la jurisprudencia al respecto. Así pues, la determinación del concepto de idoneidad de un procedimiento, ha surgido de la necesidad de aclarar en qué consisten los mandatos de la ley 23 de 1981, según los cuales "[e]l médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen"¹⁰ y que "[e]l médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados"¹¹, en el sentido de determinar qué se entiende por las expresiones "innecesarios" e "injustificados".

De ahí que el Decreto 3380 de 1981 "por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981" haya estipulado en sus artículos 7° y 9° lo siguiente:

"Artículo 7°. Se entiende por exámenes innecesarios o tratamientos injustificados:

- a. Los prescritos sin un previo examen general
- b. Los que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente." [Subrayas fuera de texto]

"Artículo 9°. Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico- patológicas del mismo." [Subrayas

fuera de texto]

Lo anterior permite concluir a la Sala, que las obligaciones de los médicos en relación con los tratamientos que prescriben a sus pacientes, consiste en dar cuenta siempre de la patología que los aqueja. En otras palabras, existe la prohibición expresa de prescribir exámenes y tratamientos que no estén relacionados con la condición física y el estado de salud particulares de los pacientes.

Este criterio a su vez podría conducir a una primera respuesta sobre qué significa la idoneidad de un tratamiento médico, en el sentido que existe la obligación legal de prescribir únicamente tratamientos idóneos. Y, a su turno la idoneidad de un examen o tratamiento está sustentada normativamente (arts 7° y 9° D.3380 de 1981) en su carácter de correspondencia o adecuación con la patología del paciente, es decir que correspondan efectivamente desde el punto de vista médico, y en relación con la búsqueda de su bienestar, a las condiciones clínico-patológicas del mismo.

De este modo, cuando la negativa del reconocimiento de un determinado examen o tratamiento, tiene como fundamento un criterio médico según el cual el mencionado tratamiento no resulta idóneo, esto quiere decir que éste no da cuenta de la patología particular del paciente. Contrario sensu, cuando las razones para no autorizar un examen o tratamiento médico sugieren que éste no es el propio para su patología, esto es, en palabras de la ley 23 de 1981 innecesario o injustificado, entonces quiere decir que no es idóneo.

La Corte Constitucional ha adoptado también la interpretación que se acaba de exponer. En desarrollo del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, en sentencia C-800 de 2003 se explicó que dicho principio pretendía en suma, evitar que se deje de prestar un servicio básico para todas las personas. A la vez, se afirmó que “el principio de continuidad del servicio público [de salud] no exige que [se] siga un tratamiento inocuo”¹², para lo cual era necesario fijar “la ‘necesidad’ como criterio para establecer cuándo es inadmisibles que se interfiera el servicio público. [Y], por ‘necesarios’, en el ámbito de la salud, deben tenerse los tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación del derecho a la vida o a la integridad”¹³. Esta Corporación ya venía pues, utilizando el criterio según el cual debe existir una relación directa entre los tratamientos y/o medicamentos prescritos a los pacientes y la condición clínico patológica del

mismo, para que se pueda establecer la necesidad (idoneidad) del tratamiento y/o medicamento.

A partir de lo anterior, surge la pregunta acerca de quién y por qué, decide en estos casos sobre la práctica de un examen o tratamiento médico valorado como no-idóneo. La respuesta ha sido expresada antes por la Corte, en el sentido que es el médico el único que en principio puede decidir sobre la idoneidad de los tratamientos médicos. En los fundamentos jurídicos 20 y siguientes de la presente sentencia se desarrollan las líneas jurisprudenciales al respecto.

12.- Por otro lado, de la interpretación de las normas en materia de ética médica, se desprende que el efecto buscado con la aplicación de cualquier tratamiento médico, cual es el de atender una patología determinada - como se acaba de exponer -, implica a su turno la consideración de la efectividad de dicho tratamiento.

Desde el punto de vista científico, los protocolos médicos establecen la adecuación de tratamientos determinados para patologías determinadas. No obstante, el éxito (su efectividad) médico del tratamiento en cuanto a la patología, depende de más factores, algunos previsible y otros imprevisibles. El artículo 16 de la Ley 23 de 1981 establece que la “[l]a responsabilidad del médico por las reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto”¹⁴, dando a entender que existen riesgos imprevistos derivados de los tratamientos médicos. A su turno el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981¹⁵, estipula que “[t]eniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”¹⁶.

13.- En este orden, los efectos (favorables o desfavorables) de la aplicación de un tratamiento médico a un paciente, se presentan como una categoría que sólo puede ser evaluada gradualmente mediante la consideración de sus probabilidades benéficas, junto con los riesgos previsible y la posibilidad siempre presente de riesgos imprevisibles. Luego, pese a que un tratamiento sea idóneo, la decisión de su práctica no sólo debe tener en cuenta su adecuación a la patología, sino también la valoración de los riesgos previsible e

imprevisibles. De no ser así, no existirían dos regulaciones en cuanto a las obligaciones y reponsabilidades del quehacer de los profesionales de la salud: una relativa a la prohibición de prescribir y/o aplicar exámenes innecesarios e injustificados¹⁷ a los pacientes; y otra, distinta, relativa a exonerarlos de responsabilidad cuando se trata de riesgos imprevistos¹⁸.

14.- Cabe señalar entonces, que son distintas las situaciones de falta de idoneidad del tratamiento, por un lado, y la del grado de efectividad del mismo, por otro. La primera determina la prohibición para los médicos de prescribir tratamientos ajenos a la patología de los pacientes, que es a la vez la obligación de ordenar sólo aquellos que se adecuen a la condición particular de cada uno de ellos. La segunda -la efectividad del tratamiento- delimita el ámbito de la responsabilidad de los médicos, en tanto los exime de ella en cuanto a efectos derivados de riesgos previsibles de los tratamientos, cuando han contado con el consentimiento informado del paciente y en casos de urgencia¹⁹, y de riesgos imprevistos²⁰.

Con todo, esta Sala reconoce que la anterior distinción no tiene límites tajantes, pues por un lado la ambigüedad del lenguaje no lo permite²¹, y por otro la inconveniencia de un procedimiento médico puede interpretarse como falta de idoneidad del mismo²². Sin embargo, dentro de la cultura general a la que pertenece nuestra cultura médica, es posible afirmar que una cosa es la valoración consistente en que de la condición del paciente y a partir de un criterio médico-científico un tratamiento determinado no es el propio para su patología, es decir no es idóneo; y otra distinta la que supone que la realización de un procedimiento médico depende de la expectativa de los beneficios a conseguir por el paciente, es decir de su grado de efectividad, y de la comparación de esta expectativa con la de los riesgos que implica, esto es, que sea discutible su conveniencia.

15.- En este orden, el carácter gradual de la valoración de los efectos de un tratamiento médico, como quiera que se deriva de la consideración de expectativas positivas, como su idoneidad, y negativas, como los riesgos previsibles e imprevistos, puede generar discrepancias en cuanto a la conveniencia o inconveniencia de su práctica. Esto, por cuanto dichas expectativas se basan en criterios de experiencia, confianza, condiciones particulares o políticas de las instituciones que prestan el servicio de salud y de la misma comunidad médica a nivel de una ciudad, de un país o de un continente, e incluso pueden basarse en estadísticas o en la fe religiosa.

Ahora bien, en primer término, cada médico, cada comunidad médica y cada institución médica tienen visiones distintas de cada uno de los criterios anteriores, pues su experiencia, confianza, capacidad científica e infraestructura, entre otros, es diferente. Y en segundo término, si bien por lo general los pacientes no tienen los conocimientos para controvertir la idoneidad de un procedimiento, por un lado gozan de la potestad de decidir si se someten o no a éstos²³, y, por otro, tienen la mayoría de las veces expectativas acerca de su salud, a partir de la confianza que depositen en los médicos o del prestigio o experiencia de una cierta comunidad médica por ejemplo, y pueden considerarlas como factores determinantes para decidir sobre el sometimiento a algún tratamiento. Así, sobre la conveniencia o inconveniencia de un tratamiento médico, aparte de los protocolos médicos, es también muy importante la perspectiva desde la que el paciente pretenda adoptar la decisión.

16.- En apoyo de lo anterior se puede afirmar, que el pluralismo como principio constitucional (art. 1° C.N), así como el contenido normativo correspondiente a la autonomía personal (derecho de autonomía personal), cuya garantía se deriva, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁴ (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación²⁵ (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana²⁶ (art 1° C.N) soportan en buena medida la posibilidad de asumir riesgos voluntariamente. De igual manera, como se ha mencionado, la consagración del pluralismo como pilar fundamental de la organización de nuestra sociedad, implica la prevalencia de la autonomía²⁷, y así del respeto por las decisiones que dentro del orden legal tomen los individuos como seres libres.

De la vigencia del principio de organización pluralista y del derecho a la autonomía personal, se derivan pues importantes principios que delimitan el ámbito de libertad de los individuos. Así, se puede afirmar que la competencia de las autoridades no tiene prima facie, el alcance de regular aquellas conductas de las personas, que no interfieran con el goce pleno de los derechos de otras personas.²⁸ Ello querría decir igualmente que el ámbito de regulación estatal permitido, según las cláusulas constitucionales citadas, involucra de manera general la relación de los individuos con otros individuos, y no la relación del individuo consigo mismo²⁹. Por supuesto esto tiene excepciones³⁰, pero la regla general se mantiene. Bajo el mismo principio, se puede concluir que los individuos no sólo pueden, sino que tienen el derecho de colocarse autorresponsablemente en situaciones que otros consideren inconvenientes o riesgosas, siempre que no comprometan los derechos de otros³¹. Y, en el

punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realizado la garantía del derecho de autonomía personal³². De la condición personal de la salud se desprende pues, una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar la decisión de no vivir más, por ejemplo. Así como, el caso contrario también forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, cual es el de tomar la decisión de continuar viviendo en condiciones que para la mayoría serían de suma indignidad.

17.- Cabe concluir entonces, que es deber del Estado respetar aquellas decisiones de los individuos que tengan como sustento su condición de seres libres y autónomos, siempre que estas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de los derechos de otras personas. Este deber se extiende por supuesto a todas aquellas personas o entidades que ostenten la calidad de autoridades, entre ellas las autoridades en salud. Así, 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.

En efecto, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”³³, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.

Esto quiere decir que se reconoce que cuando no existe duda sobre la idoneidad de un tratamiento, la consideración de su efectividad a luz de los riesgos no es exclusiva del ámbito de los médicos, además de que dicha consideración no resulta una razón jurídica suficiente para decidir sobre su práctica. Por el contrario, existe la obligación de brindar el chance u oportunidad de mejoría mediante la aplicación del tratamiento idóneo, al margen de si

medicamente la expectativa de resultado es negativa, o, es gradualmente más negativa que positiva. Y, frente a esto, el paciente puede valorar de manera informada distintos criterios para optar por someterse o no al tratamiento.

Ahora bien, quién y por qué, decide sobre la práctica de un examen o tratamiento médico posiblemente inconveniente, es un interrogante cuya respuesta a la luz de lo anterior, es que por regla general es el paciente de manera libre e informada.

19.- Se concluye pues de lo explicado arriba, que la distinción entre falta de idoneidad e inconveniencia de los exámenes y tratamientos médicos, tiene origen en la regulación jurídica de la relación médico-paciente. Además, tiene incidencia directa en la delimitación del ámbito de responsabilidad de los médicos y el ámbito de los derechos de los pacientes. De dicha distinción se derivan dos análisis jurídicos distintos relativos a quién y por qué, decide sobre la práctica de un examen o tratamiento, según éste se considere no-idóneo o inconveniente.

Ahora bien, como se explicó en el acápite anterior, en el expediente correspondiente al caso bajo análisis la Sala de Revisión encontró que el origen del debate jurídico ante los jueces de tutela de instancia, fue la consignación de la justificación, por parte del médico tratante y de la EPS, consistente en que no se autorizaba la realización de la cirugía inicialmente ordenada por el mismo médico, por cuanto ésta representa más riesgos que beneficios para el paciente. También se explicó más arriba que pese a ello, obraba en las observaciones de la historia clínica del paciente, una según la cual era cuestionable la idoneidad de la cirugía en mención, a raíz del resultado de un examen practicado al paciente después de que el médico tratante la había ordenado, y a su respectiva valoración (del resultado del examen) por parte de una junta de médicos especialistas. Esto quiere decir - tal como ya se había expresado también- que en el caso bajo estudio se encuentran razones de falta de idoneidad y de inconveniencia como sustento de la no-autorización del tratamiento solicitado en la demanda.

Frente a lo anterior, esta Sala de Revisión encuentra que según las líneas jurisprudenciales que se reconstruirán a continuación, el criterio médico debe prima facie ser respetado por el juez, cuando de dicho criterio se desprenda que la negativa de la aplicación de un tratamiento médico consiste en que éste no es idóneo para la patología del paciente.

Como se verá, al establecer unas de las razones encontradas en el expediente, que la operación denominada LAMINECTOMIA no es un procedimiento propio para la condición particular del actor de la tutela, no es posible que el juez controvierta desde el punto de vista jurídico los fundamentos médicos de la negativa en cuestión. Es decir, no le es dado al juez sustituir el criterio médico por uno jurídico, en tanto el primero sugiere que sólo a partir de un determinado resultado de un examen médico, que en el caso no se dio, se puede concluir la idoneidad del procedimiento quirúrgico que el ciudadano solicita mediante la acción de amparo.

Por ello esta Sala hará referencia a las líneas jurisprudenciales que sustentan la potestad de los médicos de determinar con base en criterios médico-científicos la idoneidad de los tratamientos médicos de sus pacientes; de lo cual se desprende la prohibición al juez de ordenar la práctica de tratamientos médicos, cuando el médico tratante no lo ha dispuesto previamente.

El médico tratante es quien determina la idoneidad de un tratamiento médico y el Juez sólo puede ordenar el reconocimiento de tratamientos médicos y/o medicamentos que previamente hayan sido prescritos por éste. Reiteración de jurisprudencia

20.- Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”³⁴ Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.”³⁵

21.- Lo anterior obedece a varios criterios. En primer lugar, “...el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante.”³⁶ Éste podría denominarse criterio de necesidad, y procura que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos,

así como de los recursos que los sustentan.

A este respecto se ha afirmado lo siguiente: “En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, (...) -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos - o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos.”³⁷

22.- De lo anterior se desprende a su vez el segundo criterio, consistente en que ante la obligación de los médicos de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, se genera una responsabilidad de los primeros respecto de los tratamientos y medicamentos que prescriban a los segundos. A su vez, dicha obligación tiene como base la ciencia médica, cuyo conocimiento se asume en cabeza de los médicos y no de jueces y abogados. Por ello, se busca evitar que la salud y el bienestar de los pacientes se vean sometidos a criterios distintos al médico, pues si así fuera se corre el riesgo de no atender adecuadamente las patologías de los pacientes. La Corte ha afirmado pues, de manera categórica que “[l]os jueces no son competentes para ordenar tratamientos médicos no prescritos por el médico tratante del paciente. Tal acción, en vez de proteger los derechos fundamentales del paciente, los pone en peligro”³⁸. Esto se puede denominar criterio de responsabilidad.

En otras sentencias ha dicho la Corte:

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

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

administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.>

(...)

[L]a Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre acerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente, verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 597 de 200139, en donde se discutía la efectividad de varios procedimientos médicos alternativos, la Corte dijo lo siguiente:

<Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.>40"[T- 412 de 2004]

23.- Por último, de lo anterior se derivan los criterios de especialidad y proporcionalidad. Según éstos, pese a que los médicos son quienes disponen los tratamientos y medicamentos para garantizar la salud y el bienestar de los pacientes, este ámbito no se sustrae de todo tipo de control. Por el contrario la labor de los médicos respecto de sus pacientes está enmarcada dentro del límite al que se circunscriben todos los ciudadanos colombianos, cual

es el de respetar los derechos fundamentales de otros, y evitar su amenaza o vulneración. Por ello, la sustracción del juez del ámbito de los tratamientos y medicamentos necesarios para garantizar el derecho a la salud, se ve matizada por el hecho que lo único realmente indiscutible, es que los criterios médicos no pueden ser sustituidos por criterios jurídicos (criterio de especialidad). Pero, sí es deber del juez dar cuenta de la protección de los derechos fundamentales de los pacientes, a pesar de la primacía del manejo y opiniones médicas en estas situaciones (criterio de proporcionalidad).

Sobre el particular ha sostenido esta Corporación lo siguiente:

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

Así, pues, el campo de la relación médico - paciente no le está vedado al juez constitucional. No obstante, el juez debe ser muy cuidadoso al adentrarse en esos terrenos, los cuales exigen conocimientos especializados que no posee el funcionario judicial. Es decir, la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente. Por lo tanto, su intervención en la relación médico - paciente sólo debe darse en situaciones extremas, tal como ocurre cuando la decisión del médico pone gravemente en peligro los derechos de las personas.”⁴¹

24.- Las líneas jurisprudenciales reseñadas establecen que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento

médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).

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

Así, en sentencia T-059 de 1999, la Corte estudió el caso de un grupo de ciudadanos enfermos de VIH (Sida), internados en la Sala de Infectología de una Clínica, quienes solicitaban una alternativa a la medida de aislamiento ordenada por los médicos dentro de los tratamientos que se les estaban brindando. En sede de revisión, la Corte confirmó la negativa del amparo, por considerar que “[s]i bien, como lo señalan ellos mismos [los demandantes], existen otros modelos de tratamiento de las enfermedades infectocontagiosas, no hay claridad científica acerca de cuál es el tratamiento adecuado y de cuál debe ser de plano descartado, lo que supone un ámbito científico librado al criterio médico”⁴². Es decir, que si resulta discutible la idoneidad del tratamiento, prima el criterio médico.

En sentencia T-597 de 2001, se analizó la solicitud de los padres de un menor a la EPS, de reconocer la práctica de un tratamiento médico en el exterior, excluido del POS. Dicho tratamiento, era calificado por un sector de la comunidad médica como un procedimiento médico experimental, razón por la cual la entidad prestadora del servicio de salud y los jueces de instancia de tutela negaron su reconocimiento; además que la EPS había planteado la posibilidad de sustituirlo por otro tratamiento incluido en el POS. La Corte reconoció que la discusión sobre la práctica de tratamientos experimentales, se refería en últimas a la estimación científica de su idoneidad, por lo cual el criterio médico tenía la última palabra al respecto⁴³.

Por ello, en el proceso citado, se ordenó a la EPS conformar un nuevo comité médico, con la participación de profesionales de la salud que apoyaban la idoneidad del procedimiento, pues el primer comité que negó el reconocimiento no contó con el criterio alternativo al carácter experimental del mismo. Además, se ordenó también reconocer el procedimiento en cuestión, pero "...siempre y cuando en el acta [del nuevo comité] conste el concepto favorable y el informe presentado por el epidemiólogo clínico..."⁴⁴. Es decir, se privilegió el criterio médico en atención a que el debate médico comprometía la idoneidad del procedimiento.

En sentencia T-1325 de 2001, la Corte ordenó en abstracto a una EPS, "...remitir a una institución médica adecuada para el efecto, que proporcione el tratamiento médico que requer[ía]"⁴⁵ un ciudadano, que padecía de síndrome de abstinencia a raíz de su condición de alcohólico, además de sufrir de retraso mental; por cuanto el a quo había ordenado un tratamiento que la institución médica que atendía al ciudadano, había calificado como inadecuado en la impugnación de tal decisión. Dijo en aquella oportunidad la Corte que si bien de las pruebas obrantes en el proceso se desprendía la grave situación del ciudadano en comento, sólo los médicos podían establecer cuál tratamiento era el idóneo para su patología.

En sentencia T- 398 de 2004, se estudió un caso en que una madre solicitó al juez de tutela, que su hijo fuera internado en una institución psiquiátrica. En sede revisión, la Corte acogió el criterio del médico que atendía al hijo de la demandante, según el cual en la mayoría de las etapas propias de la patología del paciente no era necesario ni conveniente "...el tratamiento intrahospitalario en unidades especializadas de psiquiatría..."⁴⁶. La Corte volvió

a recordar que la idoneidad de los tratamientos médicos la determina únicamente el criterio médico-científico, y por ello declaró la carencia actual de objeto, en tanto no existía respaldo médico para la solicitud de aplicar un cierto tratamiento al paciente.

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

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

Conclusiones

27.- Las anteriores reflexiones, sugieren la necesidad de establecer cómo ha de proceder el juez constitucional para establecer en un caso concreto, si la negativa de reconocimiento de un procedimiento médico, tiene como sustento su falta de idoneidad o su inconveniencia. Tal como se desprende también de lo anterior, el carácter idóneo o no-idóneo de los tratamientos es determinado por los médicos, y sólo ellos pueden justificar este carácter con criterios científicos. Luego, al juez le basta con la certificación en tal sentido (idoneidad o no-idoneidad), en la historia clínica o por cualquier otro medio procesalmente adecuado (conceptos, declaraciones, entre otros), y su respectiva justificación.

28.- De otro lado, la posibilidad que en un caso concreto, los médicos y/o instituciones prestadoras del servicio de salud esgriman razones de inconveniencia para no reconocer un tratamiento, debe tener como punto de partida para el juez, la necesidad de determinar desde el punto de vista jurídico, que en efecto el tratamiento no se practica pese a ser

idóneo, porque una valoración médica de las expectativas de mejoría así lo ha dispuesto.

Esto puede surgir en el debate jurídico que se suscite, a partir de distintas opiniones médicas sobre el carácter del tratamiento en relación con la patología del paciente. Así, si en el expediente existen distintas opiniones autorizadas, sustentadas en criterios médico-científicos, que apoyan tanto la posibilidad de aplicar el tratamiento, como la de no aplicarlo, para el juez resulta prima facie una discusión de conveniencia del mismo. Y, la decisión definitiva de su práctica debe ser tomada en principio por el paciente de manera informada, de conformidad con lo explicado.

Puede ocurrir igualmente que el debate jurídico se presente ante el juez, como la discusión entre el médico y el paciente, ante lo cual el criterio médico prevalece, tal como se ha dicho, si no se ha controvertido la falta de idoneidad del procedimiento negado. De este modo, el juez puede optar por solicitar una segunda opinión médico-científica (o varias), para poder concluir si en realidad no se ha permitido decidir al paciente sobre la expectativa de cura que le representa el procedimiento. En el evento que las distintas opiniones médicas coincidan en que el tratamiento no se debe aplicar, el juez no puede concluir que se trata de un procedimiento inconveniente, sino más bien no-idóneo. Pero, si las conclusiones médicas son distintas y alguna considera de manera suficientemente fundada en criterios científicos que el tratamiento es adecuado para la patología, el juez debe intervenir para garantizar el margen de decisión auto-responsable del paciente.

29.- Cuando se trate de tratamientos incluidos en el POS o POS-S, que han sido negados por inconvenientes, o al menos la información del expediente permita pensar que así es, el juez debe solicitar otras opiniones médicas que permitan descartar la posibilidad que dicho procedimiento se ha negado porque no corresponde a la patología tratada. Es además lógico, que el juez procure que los mencionados conceptos médicos provengan de médicos o instituciones ajenos a los que inicialmente han negado el reconocimiento, pues puede verse afectada la imparcialidad en el análisis clínico del asunto concreto.

Cuando por el contrario, se trate de tratamientos excluidos del POS o POS-S, inicialmente se debe seguir el análisis que ha hecho en numerosas ocasiones la Corte Constitucional, relativo a determinar las condiciones concretas que enmarcan la situación del paciente, respecto de la urgencia del tratamiento y la clase de enfermedad, la capacidad de pago y su carácter de

sujeto de especial protección constitucional. Solo así, se podrán mirar las razones de la no-práctica y aplicar los criterios expuestos en la presente sentencia⁴⁷.

A la luz de los anteriores criterios, se analizará el caso objeto de análisis.

Caso concreto.

30.- El señor Nicolás Alfonso Acevedo Cardona es parapléjico a causa de una herida de arma de fuego en la columna vertebral. Se encuentra afiliado a la E.P.S. SUSALUD y el médico tratante consignó en la historia clínica la orden de cirugía laminectomía y esquirlectomía, la cual se encuentra incluida en el POS. Al mes siguiente el mencionado médico le informa que luego de revisados unos exámenes médicos, tanto él como el grupo de médicos especialistas (Staff de Columna) de dicha entidad, consideraron que la cirugía en cuestión implicaba para el paciente más riesgos que beneficios, y por ello ésta no sería realizada.

La compañera del señor Acevedo Cardona, interpone en representación de éste acción de tutela, solicitando el reconocimiento de la cirugía mencionada, de un medicamento excluido del POS y de atención integral por parte de la EPS SUSALUD. El juez de tutela de primera instancia concede lo relativo al medicamento y declara improcedentes las otras dos solicitudes por considerar que no existe vulneración de los derechos fundamentales. La actora impugna la anterior decisión en lo relativo al no reconocimiento de la cirugía laminectomía; argumenta que el paciente es plenamente consciente de los riesgos que representa el procedimiento, y está dispuesto a someterse a ellos. El ad quem confirma lo propio, por considerar que quien puede decidir sobre la realización de un procedimiento quirúrgico, a partir de la valoración de los posibles beneficios y riesgos que éste genera, es el médico y no el paciente.

31.- De este modo, para solucionar jurídicamente el presente caso esta Sala de Revisión determinó en el acápite preliminar de las consideraciones de esta sentencia, que desde el punto de vista jurídico, lo obrante en el expediente, configura tanto razones de falta de idoneidad médica como de inconveniencia, para no autorizar la operación al tutelante.

Así pues, se dijo que tanto en la respuesta de la EPS demandada como en las observaciones hechas en la historia clínica, se establecía como razón de la negativa en la realización del tratamiento médico al paciente, el hecho que el procedimiento quirúrgico en cuestión, según

la valoración del médico tratante y del Staff de columna (grupo de médicos especialistas), representaba para el paciente más riesgos que beneficios, es decir era inconveniente. De igual manera, se expresó que la valoración inicial del tratamiento para la patología del tutelante fue replanteada a partir de la práctica de un examen denominado “resonancia”. Así, en un segundo diagnóstico, se consignó en la historia clínica que el resultado del examen demostró que no existía “compresión extrínseca” sobre la médula. Y, esta Sala consideró que la interpretación más razonable de lo anterior, es que la idoneidad del procedimiento inicialmente ordenado, depende entre otras cosas del hallazgo de “material extraño óseo o metálico” que comprima la médula, y, si ello no fue así en el caso del demandante, queda desvirtuada la idoneidad del procedimiento.⁴⁸ Además, porque se asume según las observaciones médicas y sus respectivas valoraciones, que el procedimiento quirúrgico en cuestión tiene por objeto retirar del rededor de la médula materiales extraños óseos y/o metálicos. En resumen, lo anterior significa que la negativa de realizar el procedimiento quirúrgico se justifica también en su falta de idoneidad respecto de la patología del paciente.

El anterior argumento, es también la razón por la cual en el presente caso esta Sala de Revisión no consideró pertinente solicitar otras opiniones médicas, pues se entendió que de la información del expediente se desprendía el criterio médico según el cual, la cirugía inicialmente ordenada es idónea cuando la patología del paciente consiste en que presenta materiales extraños que hacen presión a la médula, detectables mediante el examen denominado resonancia magnética. Carecería de sentido establecer que existen distintas opiniones médicas, respecto de la aplicación del tratamiento al tutelante por el sólo hecho que el procedimiento fue ordenado y después fue revocado. Esto, en tanto se debe tener en cuenta que después de la práctica del examen en cuestión, tanto el médico que la había ordenado, como la junta de especialistas, estuvieron de acuerdo en que la cirugía no debía realizarse. Es decir, que después de conocer el resultado de la resonancia, no hubo discrepancia médica sobre el asunto.

32.- Cabe señalar que lo explicado fue concluido por esta Sala de Revisión, a partir de los análisis del contenido de los distintos informes de la historia clínica del paciente, encontrados en el expediente. Sobre el particular es prudente señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica, la cual representa el conjunto más importante de criterios de interpretación de normas sobre ética médica, ha destacado la utilidad de la

historia clínica para el análisis jurídico de casos médicos, así como la necesidad que el juez asuma su estudio de una manera seria y coherente con la imposibilidad de emitir conceptos sobre asuntos médicos. Por ello, “[s]e ha dicho al respecto que, en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa”⁴⁹, de lo cual es garante sin duda el derecho por medio del juez.

Inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales.

33.- La Sala que por el sólo hecho que se haya desvirtuado la idoneidad médica del procedimiento solicitado en la demanda de tutela, debe primar el principio normativo según el cual ante la negativa de reconocimiento de un tratamiento con base en un criterio médico que cuestione la idoneidad del mismo, dicho criterio no es controvertible ni puede ser reemplazado por el criterio del juez.

Tal como se dijo en el acápite pertinente, existe doctrina constitucional según la cual cuando se solicita al juez que ordene el reconocimiento de un procedimiento o tratamiento médico, debe existir previamente la orden del médico tratante en dicho sentido. A lo que se podría agregar, a partir de las particularidades del presente caso, que la orden del médico debe estar vigente al momento en que el juez realiza el análisis del caso concreto; pues tal como se vio en el caso objeto de estudio, existieron dos diagnósticos, el segundo de los cuales permite concluir la falta de idoneidad médica del procedimiento inicialmente prescrito. Por ello, esta Sala entendió que el primer diagnóstico, aquél que ordenó la práctica de la cirugía, fue revocado con base en una justificación que sólo incumbe al criterio médico-científico, en tanto analiza la adecuación del tratamiento a la patología del paciente, lo cual como se ha explicado a lo largo de la presente sentencia, rebasa las competencias del juez en materia de la relación entre médicos y pacientes.

34.- Cosa distinta hubiera sido, si los médicos de la EPS demandada no hubiesen esgrimido razones y explicaciones cuyo sentido fuera aclarar la falta de idoneidad de la operación, y sólo hubiesen atinado a argumentar que ésta no se practicaba porque representaba más riesgos que beneficios. En tal caso, el deber del juez constitucional hubiera sido defender el derecho de autonomía del paciente, y con la manifestación libre de éste de estar conciente de los riesgos y dispuesto a asumirlos, hubiese bastado para que se hubiera ordenado

permitir al paciente en mención consentir en la práctica de la cirugía, y a la EPS autorizarla si es que él así lo hubiese decidido.

Como ello no fue así, se puede afirmar entonces como conclusión, que pese a que el médico tratante y la EPS dieron a entender que el procedimiento quirúrgico denominado LAMINECTOMÍA, no era conveniente para el paciente en la medida en que representaba más riesgos que beneficios para su salud, el procedimiento en cuestión resultó igualmente no-idóneo según se consignó en la historia clínica, a raíz del resultado de un examen y su respectiva valoración por parte de una junta de médicos.

35.- Por lo anteriormente expuesto, no le es dado a esta Sala de Revisión sustituir el criterio médico-científico que desvirtuó la idoneidad del tratamiento médico inicialmente ordenado al demandante, por lo cual se confirmará la decisión de los jueces de tutela de instancia, tanto en el sentido de ordenar el reconocimiento del medicamento solicitado, como en el sentido de no conceder el amparo respecto de ordenar a la EPS SUSALUD el reconocimiento de la cirugía denominada LAMINECTOMÍA.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia correspondiente a la acción de tutela instaurada por Angela María Flórez Molina en representación de Nicolás Alonso Acevedo Cardona (parapléjico) contra SUSALUD E.P.S, del 12 de julio de 2005, dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El texto del médico tratante, después de la valoración del paciente por parte del grupo de especialistas es el siguiente: “Paciente que fue estudiado por staff de columna (fisiatría, neurocirugía y otros) se hizo análisis de la historia clínica además de estudiar con resonancia donde se demostró que medula tenía zona de encefalomalasia no hay compresión extrínseca por material extraño óseo o metálico.

Considero que la resonancia es un examen definitivo para definir la compresión o no que no había solicitado porque el magneto del resonador ante la presencia de esquirlas metálicas la imagen se distorsiona y no se logra ver bien la médula pero en este caso, como eran tan mínimos se pudo descartar la compresión medular.

Por lo tanto ante el resultado hablo con la familia del paciente que trae el examen y les explico:

1. Que la solicitud de cirugías de columna por protocolo van a un staff de columna y este es el que define si se hace quirúrgico o no la patología de los pacientes.

2. Que ante los resultados de la resonancia considero que el paciente no se beneficia de la cirugía y que es (SIC) más los riesgos que los beneficios a alcanzar”. (Cuad 2 Fl. 35)

2 De los distintos principios constitucionales en juego alrededor de la actividad médica, se destaca entre otros el principio de beneficencia según el cual dicha actividad debe tener como fin primordial la búsqueda del bienestar de las personas. La Corte ha sostenido que “[l]a medicina plantea problemas éticos y jurídicos complejos por cuanto en muchas ocasiones las decisiones en este campo ponen en tensión principios constitucionales y morales de gran importancia.” El principio de beneficencia, desarrollado por los principios de benevolencia y no malevolencia, obliga al médico a tomar acciones en pro del bienestar del paciente y prohíbe aquellas que pueden causar daño, y “...encuentran sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (CP art. 49)”. El principio de utilidad según el cual se permite la investigación científica en este campo, con miras a lograr la mayor cantidad de bienestar en la mayor cantidad de población, enmarcado “...en el deber del Estado de proteger el interés general, contribuir al bienestar de la población (CP arts 1º y 2º) y estimular el mejoramiento de la técnica y la libre investigación científica (CP arts 70 y 71)”. 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)”. Y el principio de autonomía que hace mediar a toda intervención sobre el cuerpo del individuo su propia autorización, “... que deriva del reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de todas las personas (CP arts 1º, 12 y 16)”. [SU-337 de 1999. Fundamento Jurídico número 7]

3 Este margen de decisión se da en ejercicio del principio de autonomía, de cuyo contenido normativo forma parte el derecho a decidir sobre cualquier intervención en el propio cuerpo de la persona. Respecto del alcance del principio de autonomía, cabe señalar que puede chocar con el principio de beneficencia pues puede que las decisiones del paciente respecto de someterse o no a tratamientos médicos se basen en justificaciones ajenas a criterios médico-científicos (por ejemplo: culturales, religiosos, cosméticos, entre otros), ante lo que el médico “(...) experimenta la tensión entre su deber de hacer lo mejor para el bienestar (...) [del paciente] y la obligación de respetar al mismo tiempo su autonomía como persona”. La Corte ha sostenido sin embargo, que para desatar este choque de principios constitucionales, se debe tener en cuenta que “...en una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de permiso o de autonomía tiene una prevalencia <prima facie> sobre los otros principios concurrentes. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda intervención médica debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien

puede entonces rehusarse incluso a determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más importantes proyectos y convicciones personales” [SU-337 de 1999. Fundamentos Jurídicos número 8 y 10. También las sentencias T-548 de 1992, T-493 de 1993, C-221 de 1994, T-401 de 1994, T-477 de 1995, T-559 de 1995, C-264 de 1996, T-474 de 1996 y C-239 de 1997]

4 Esto se ha reconocido expresamente por la Corte Constitucional, por ejemplo cuando se ordena a las EPS reconocer servicios o tratamientos excluidos del POS, y en virtud del mantenimiento del equilibrio económico del sistema se otorga la posibilidad que dichas empresas repitan contra el FOSYGA por concepto de los gastos en que incurran por costear un tratamiento que no forma parte de aquellos obligatorios que se comprometió a cubrir.

5 Cr. por ejemplo, en <http://www.medigraphic.com> Anales Médicos Hospital ABC. Vol 45 Núm 2 Abr - Jun. 2000. pp. 93 - 95. Perspectivas de la profesión médica. SÁMANO GUERRA A Francisco y cols: Los derechos de los pacientes en los nuevos modelos de atención a la salud.

6 Ibídem: “Este tipo de empresas de salud tienen como antecedente, en su país de origen Estados Unidos de Norteamérica, las llamadas <Organizaciones de Medicina Administrada>, que según sus distintas formas de administración y financiamiento reciben diferentes nombres: Health Maintenance Organizations (HMO), Preferred Provider Organizations (PPO) y otros. Su propósito original fue disminuir los altos costos de la atención médica, lo que lograron inicialmente a través de: - Afiliar preferentemente a individuos jóvenes, sanos y con bajo riesgo de enfermedad, dejando fuera al anciano y al enfermo. - Contratar a médicos generales para el primer contacto con el paciente, con la específica tarea de dificultar o impedir el acceso al médico especialista. (...) -Incentivar económicamente al médico para la subutilización de servicios diagnósticos necesarios, castigando a aquellos que no lo hicieran. - Establecer tabuladores de honorarios, que no honran la capacidad certificada ni la experiencia del médico, como tampoco ponderan la complejidad del caso, ni la hora o el día de la semana en que el paciente es atendido. (Sámano AFJ, Alerta a la profesión médica. An Med Asoc Med Hosp. ABC 1999; 44 (3): 141-142. Kassirer JP. Doctor Discontent. NEJM 1998; 339: 1543-1545. Hall MA. Ethical practice in managed care: A dose of realism. Ann Int Med 1998; 128: 395-402)”

7 El tratamiento jurídico en materia de responsabilidad derivada de la actividad de los médicos, ha dispuesto regulaciones relativas a la formalización por escrito del asentimiento o negativa del paciente para el sometimiento a procedimientos médicos, mediante consentimiento informado. Ello tiene como fin tanto delimitar el ámbito de responsabilidad del personal médico por dicho concepto, así como garantizar la autonomía del paciente. Algunas de estas regulaciones establecen:

El artículo 12 del Decreto 3380 de 1981 “por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981” estipula que “[e]l médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”. [Énfasis fuera del texto]

Artículo 14 de la Resolución 8430 del Ministerio de Salud (Octubre 4 de 1993), por el cual se establecen normas académicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud: “Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso, su representante legal, autoriza su participación en la investigación con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos, beneficios y riesgos a que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna”.

También, el Decreto 1571 de 1993, regula lo relativo a la consignación por escrito del consentimiento negativo del paciente, como obligación de los médicos, cuando el primero se niega a recibir una transfusión sanguínea.

8 SU- 337 de 1999, fundamento jurídico número 7.

9 “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.

10 Parágrafo del artículo 10 de la Ley 23 de 1981 “por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.

12 C-800 de 2003 (Fundamento Jurídico número 3.3.3)

13 Ibidem (Fundamento Jurídico número 3.3.2)

14 Subrayas fuera de texto.

15 “Por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981”

16 Subrayas fuera de texto.

17 Artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981.

18 Artículos 16 de la Ley 23 de 1981 y 13 del Decreto 3380 de 1981.

19 Artículos 10, 11 y 12 del Decreto 3380 de 1981 “por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981”.

20 Artículo 13 del Decreto 3380 de 1981 “por el cual se reglamenta la ley 23 de 1981”.

21 La ambigüedad del lenguaje médico se debe no sólo a que éste adolece de la ambigüedad propia del lenguaje ordinario, sino también a que “[l]a noción de forma y gracia humana apropiada está muy influenciada por valores y expectativas culturales” [ENGELHARDT H. Tristram. Los Fundamentos de la Bioética. Ed. Paidós. Barcelona. 1995. Pág. 226]. Es decir, que las nociones de afectación y no afectación del estado de salud, tienen alcances distintos en ámbitos distintos. “Puede reconocerse la existencia de una compleja interacción entre el medio ambiente, expectativas culturales, objetivos individuales y las distintas maneras en las que los problemas destacan como enfermedades, mientras que todavía se está en la espera de un acuerdo transcultural acerca de qué hay que entender como enfermedad. (...) El término ‘enfermedad’ puede funcionar satisfactoriamente para identificar la tuberculosis o la esquizofrenia y, no obstante, ser inadecuado para circunstancias como la menopausia (...)”[Ibídem], según la cultura o el momento histórico del que se trate.

22 Existe la posibilidad real que se confundan falta de idoneidad e inconveniencia de la aplicación de tratamientos médicos. Pues, en unos casos los procedimientos médicos pueden ser valorados como inconvenientes en la medida en que de alguna interpretación de la condición de las personas, se entienda o no algún evento como dolencia susceptible de tratamientos externos. Son bien conocidos: el caso de los procedimientos médicos experimentales o novedosos, de los que la ciencia médica sólo tiene conclusiones preliminares acerca de su idoneidad, y el caso de los resfriados comunes cuyo tratamiento médico (o ausencia del mismo) se cuestiona en ciertos ambientes médico-científicos. En casos como estos es difícil trazar la línea que divida la falta de idoneidad médica de la inconveniencia.

Sobre los procedimientos médicos experimentales la sentencia T-597 de 2001: “Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas.

Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.” [Énfasis fuera de texto].

Frente al tratamiento que se debe dar a una persona que sufre de resfriado, algunas opiniones médicas consideran que no se deben tomar medicamentos. Estas opiniones afirman que: “No hay cura para un resfriado o para la gripe. Los antibióticos no sirven para tratar los virus. Todo lo que usted puede hacer para sentirse mejor es tratar los síntomas mientras el cuerpo lucha contra el virus” (<http://familydoctor.org/e073.xml?printxml>). La Secretaria Distrital de Salud de Bogotá tiene igualmente su propia posición frente al tratamiento de los resfriados: “La autoprescripción de antibióticos ha sido popularizada en nuestro país especialmente en los casos de gripes y resfriados comunes. Esta práctica no tiene ningún fundamento científico dado que dichas enfermedades son causadas por virus, estos agentes no son afectados por los antibióticos, que en la gran mayoría de los casos atacan exclusivamente bacterias. El tratamiento de los resfriados comunes debe limitarse al uso de antigripales a fin de disminuir los síntomas presentados por los pacientes, mientras el virus sigue su ciclo vital y transcurridos unos días desaparece espontáneamente la enfermedad. Sin embargo en caso de persistir la sintomatología es indispensable la valoración médica para definir el tratamiento a seguir.” (<http://www.saludcapital.gov.co/secsalud/>). De otro lado, hay opiniones en el siguiente sentido: “Cada síntoma de resfriados puede tener un tratamiento distinto(...)En caso de presentarse un resfriado, se recomienda intentar con remedios de venta libre para aliviar los síntomas. Estos realmente no acortan la duración del resfriado, pero pueden ayudar a que la persona se sienta mejor. Mientras tanto, se debe descansar y tomar líquidos en abundancia.

Los niños que presenten resfriados no deben ser forzados a comer.”(<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000678.htm>)

23 Salvo el caso especial considerado en la sentencia SU-337 de 1999, fundamento jurídico número 13: “La prevalencia del principio de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, no constituyen, sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo sanitario puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente, cosa que no sucede en el presente asunto. 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.” [Énfasis dentro del texto]

24 Vid. entre otras las sentencias T-532 de 1992 y C-221 de 1994.

25 Vid. entre otras la sentencia T-124/98: “Vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho, protegido constitucionalmente y ligado sin duda alguna a los factores mas internos de la persona y a su dignidad, se manifiesta singularmente en la

definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad". También, SU-510 de 1998. "El hombre es un ser que se domina a sí mismo por medio de la razón, lo que implica su capacidad de autodeterminación." (S.V parcial a la SU-510 de 1998. Vladimiro Naranjo M.). En el mismo sentido, C-660 de 2000 y C-718 de 2006.

26 Uno de los argumentos que la Corte Constitucional utilizó en el juicio de proporcionalidad que pretendió determinar la aplicación ponderada del derecho a la dignidad de las mujeres y del principio de respeto y protección de la vida, en el estudio de constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto [C-355 de 2006], interpretó que uno de los contenidos normativos del mencionado derecho a la dignidad consiste en la posibilidad de decidir autónomamente cuestiones relativas al desarrollo personal. Se sostuvo que: "La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos." Además, en materia de salud se dijo en la citada C-355 de 2007 lo siguiente: "...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros."

27 SU-337 de 1999. Fundamento jurídico número 10.

28 C-221 de 1994

29 Ibídem

30 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.”

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]

32 En la T-493 de 1993 la Corte revisó un caso en el que una persona interpuso acción de tutela con el fin que se ordenara a un familiar someterse a un tratamiento para tratar el cáncer, se sostuvo que se desconocía “...el mandato constitucional del artículo 16, que 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’, en cuanto coartan la libertad (...) de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida. La decisión (...) de no acudir a los servicios médicos (...), entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que “Cristo la va a aliviar”, y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.” De igual manera, cuando la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que penaliza el homicidio por piedad (C-239 de 1997), analizó la relación de la dignidad de las personas con la valoración individual de la propia condición de salud, y la consecuencia de que dicha relación se diera bajo factores externos. Afirmó por ello esta Corporación que “[n]ada tan cruel como 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. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa “que la crueldad es la peor cosa que puede haber.” [C-239 de 1997 citando a Richard

Rorty. Contingencia Ironía y Solidaridad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, Pg.154]

Más recientemente en la citada C-355 de 2007, en la cual esta Corporación estudió la constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto, se sostuvo lo siguiente: "...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros."

33 Tomado de la doctrina francesa "perte d'une chance". En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: "Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una 'pérdida de una oportunidad'. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

'Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d'une chance, que se podría traducir como 'pérdida de una oportunidad'.

'CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

'Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho

perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

‘En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo’. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir” [Énfasis del texto]. Reiterada en la Sentencia 12548 del quince (15) de junio de dos mil (2000). Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

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

35 T-569 de 2005

36 T-427 de 2005

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

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

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

41 T-059 de 1999.

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

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

44 *Ibidem*. Numeral cuarto de la parte resolutive

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

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

47 Por ejemplo, en la citada sentencia T-597 de 2001, la Corte Constitucional estudió un caso en el que los padres de un menor de edad solicitaban el reconocimiento de un tratamiento excluido del POS, cuya idoneidad había sido declarada por un médico no adscrito a la EPS que lo atendía, pero que a la vez se presentaba como más eficaz que el ofrecido por la entidad en cuestión. De este modo, este Tribunal analizó previamente si el caso concreto ameritaba contemplar la posibilidad de reconocer el tratamiento pese a estar excluido del POS. Y, luego de establecer que por tratarse de una enfermedad grave padecida por un menor de edad, cuyos padres no tenían la posibilidad económica de acceder al tratamiento, analizó lo relativo a quién decidía cuál tratamiento aplicar.

48 El texto del médico tratante, después de la valoración del paciente por parte del grupo de especialistas es el siguiente: “Paciente que fue estudiado por staff de columna (fisiatría, neurocirugía y otros) se hizo análisis de la historia clínica además de estudiar con resonancia donde se demostró que medula tenía zona de encefalomalasia no hay compresión extrínseca por material extraño óseo o metálico.

Considero que la resonancia es un examen definitivo para definir la compresión o no que no había solicitado porque el magneto del resonador ante la presencia de esquirlas metálicas la imagen se distorsiona y no se logra ver bien la médula pero en este caso, como eran tan mínimos se pudo descartar la compresión medular.

Por lo tanto ante el resultado hablo con la familia del paciente que trae el examen y les explico:

1. Que la solicitud de cirugías de columna por protocolo van a un staff de columna y este es el que define si se hace quirúrgico o no la patología de los pacientes.
2. Que ante los resultados de la resonancia considero que el paciente no se beneficia de la cirugía y que es (SIC) más los riesgos que los beneficios a alcanzar". (Cuad 2 Fl. 35)

49 Sentencia 11878, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil (2000).