

## Sentencia T-248/03

LEGITIMACION POR ACTIVA-Padres de la menor tienen la obligación de obtener autorización judicial para cirugía de esterilización

La madre de la menor tenía la obligación de obtener una autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica dispuesta por el médico tratante. Mientras no se lograra dicha autorización, no podía la acudiente (en este caso la madre de la menor) solicitar al juez constitucional la protección de los derechos de la paciente. Sobra decirlo, el Seguro Social tampoco podía solicitar autorización del ICBF. En dicho proceso judicial, no sobra indicarlo, debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. Si se trata de un mayor de edad, tampoco debe olvidarse, la ley exige declaración previa de su estado, por medio de una interdicción de sus derechos. Por último, debe advertirse que, tratándose de un menor de edad, la ley asigna patria potestad al padre y a la madre. De allí que, salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia o abandono- o uno de los dos hubiese perdido la patria potestad, deben acudir ambos a solicitar la autorización judicial.

PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME-Contenido

El principio de interpretación conforme, según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto. Para el caso que ocupa a la Corte, no puede perderse de vista el mandato del artículo 13 de la Constitución, según el cual “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. La principal protección de estas personas, entre las cuales claramente se puede ubicar a una que padezca esquizofrenia, epilepsia y

graves problemas de atención, se dirige a la salvaguardia de sus derechos constitucionales y en particular los fundamentales.

#### NORMAS DEL CODIGO CIVIL SOBRE DEMENTES-Actualización de la interpretación

Al actualizar la interpretación del artículo 554 del Código Civil al régimen de una democracia constitucional como la colombiana y ante los mandatos precisos de la Carta, debe entenderse que la ratio legis de la norma sería la necesaria intervención judicial cuando fuere necesario limitar o afectar severamente un derecho constitucional (la referencia a la restricción de la libertad tendría mero carácter indicativo) de una persona con problemas mentales. Esta interpretación, además de satisfacer el mandato del artículo 28 de la Constitución, desarrolla el artículo 13 en lo relativo a la protección estatal a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

#### PRECEDENTE JUDICIAL-Alcance

#### CONSENTIMIENTO INFORMADO Y CUALIFICADO DEL PACIENTE-Esterilización o tubectomía

#### AUTONOMIA INDIVIDUAL-Relación existente con limitaciones mentales

#### AUTONOMIA INDIVIDUAL-Libertad para tener hijos y constituir una familia

#### DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN-Protección de menor de edad implica autorización judicial para realizar esterilización o tubectomía/DERECHO A LA SALUD Y AL DEBIDO PROCESO-Amenaza de vulneración

Por razones de dignidad humana resulta necesario proteger, aquí si, in abstracto su derecho a la autodeterminación sobre su cuerpo. Mientras no consienta, al igual que toda mujer, no puede ser forzada a ser madre biológica. Por lo anterior, debe autorizarse la tubectomía. El acceso a los servicios de salud y la prestación efectiva de un servicio comprendido dentro de las normas que regulan la materia, se protege mediante el debido proceso. La persona no puede acudir a un centro médico y simplemente demandar el servicio. Debe someterse a una serie de pasos -revisión médica, orden médica, autorización de la E.P.S- antes de que le sea brindado el servicio. Tales pasos comprenden un debido proceso y quien asume la posición de garante del derecho a la salud -primariamente el Estado o las empresas autorizadas (E.P.S. A.R.S., E.S.E, etc.), tienen la obligación de respetar el debido proceso, con

independencia de si con ello se resuelve de manera directa o indirecta un problema de salud. Basta que se haya llegado al momento del procedimiento de atención médica en la cual se ordena la realización de la intervención o prestación del servicio, para que éste sea exigible y así culminar el procedimiento de atención médica. No sólo estaba en juego el derecho a la salud de la menor, sino que también existía una posible amenaza a su derecho fundamental al debido proceso.

Referencia: expediente T-587157

Acción de tutela instaurada por Nancy Ruth Jiménez Tamayo, en representación de Diana Maritza Berrío Jiménez, en contra del Seguro Social.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil tres (2003).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el trámite de la Acción de tutela instaurada por Nancy Ruth Jiménez Tamayo, en representación de Diana Maritza Berrío Jiménez, en contra del Seguro Social.

### I. ANTECEDENTES.

#### Hechos

1. El día 19 de abril de 2000, el médico psiquiatra que trataba a Diana Maritza Berrío Jiménez, ordenó la práctica de una tubectomía (ligadura de trompas). Diana Maritza es una menor de edad pensionada por el Seguro Social. Padece, según indica su madre, “epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de la atención”.

El 21 de enero de 2002, Nancy Ruth Jiménez Tamayo, madre de la menor, interpuso acción de tutela, en contra del Ministerio de Salud y el Seguro Social, por cuanto el Seguro Social se había negado a prestar el servicio, según aduce, alegando inexistencia de contratos y presupuesto.

La omisión en realizar el tratamiento médico indicado, en opinión de la demandante, vulnera los derechos fundamentales a la “vida (digna), la igualdad, la seguridad social y la salud”, que, en caso de menores, prevalecen sobre los demás.

#### Intervención de los Demandados

2. El juez de primera instancia comunicó de la demanda y solicitó información al Seguro Social y al Ministerio de Salud. El primero nunca respondió. El Ministerio, por su parte, mediante oficio 0304 del 25 de enero de 2002, indicó que la tubectomía se encuentra incluido en el POS (Resolución 5261 de 1994) bajo la nomenclatura 11242 como sección y/o ligadura de trompa de Falopio. Por lo tanto, debe ser atendido por la E.P.S.

#### Sentencia de primera instancia.

3. Mediante providencia del 4 de febrero de 2002, el Juez 2° Penal del Circuito de Medellín, negó la tutela. En su concepto, el derecho a la salud únicamente tiene rango fundamental cuando afecta otros derechos que tienen dicho carácter, como la vida o la dignidad humana. En el presente caso, no se observa que la realización de la tubectomía tenga alguna relación con la mejoría de la demandante, pues no está dirigido a tratar la epilepsia, el retardo mental o los problemas de atención, sino a prevenir posibles embarazos.

#### Sentencia de segunda instancia

4. La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia del 7 de marzo de 2002, confirmó la decisión del a-quo. En su concepto, no se observa violación de los derechos fundamentales de Diana Maritza puesto que el Seguro Social ha brindado la atención médica que requiere. La intervención quirúrgica que demanda la madre está dirigida a evitar un riesgo que la madre debe precaver “con su cuidado y protección”. No se observa un acto abusivo por parte del Seguro Social.

#### Pruebas ordenadas por la Corte Constitucional

5. La Corte Constitucional solicitó, en julio de 2002, al Seguro Social que suministrara información sobre el caso. En particular, requirió explicaciones sobre las causas de la no intervención y al evento de la ausencia de contratos y presupuesto. El Seguro Social indicó que la Tubectomía se realizaba con recursos propios de la entidad y que no se había realizado la intervención por cuanto el ginecólogo tratante había solicitado concepto previo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Corte Constitucional requirió que la información fuera precisada y mediante oficio del 20 de diciembre de 2002, el Vicepresidente del Seguro Social dio respuesta a las inquietudes de la Corte. En relación con la expresión “recursos propios”, la entidad indicó que ello alude a la prestación del servicio de salud a través de su propia red de servicios, en cuyo caso las limitaciones del servicio se derivan de la “disponibilidad técnico - científica”, cosa que no ocurre cuando la entidad se ve obligada a acudir a una red externa, en cuyo caso la atención depende del cumplimiento de las disposiciones contractuales (Ley 80 de 1993) y, por lo mismo, a la existencia de disponibilidad presupuestal y contratos debidamente celebrados.

En relación con la información que se suministra al paciente, la Corte solicitó al Seguro Social que precisara si se le indicaban las razones por las cuales se demoraba la atención y si existía un protocolo médico a seguir en materia de prácticas de Tubectomía, que fuera explicado al paciente. El Seguro Social señaló que, en términos generales, la información que se daba a los pacientes se suministraba de la misma manera en que era realizada la petición. Así, ante peticiones verbales se daban respuestas verbales. En cuanto a la tubectomía y la planificación familiar, la entidad se sometía a los requerimientos de la Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud, que regulaba la materia. En dicha resolución, se exige el consentimiento informado del paciente y “al paciente o acudiente se le suministra en forma verbal y escrita la información relacionada con los riesgos, beneficios y complicaciones que se puedan generar a causa de la intervención”. Por otra parte, la entidad afirma que respecto de la programación de las intervenciones quirúrgicas, siempre existe contacto con los pacientes.

Finalmente, la entidad indica que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha rendido dictamen (autorización) para la realización de la intervención. Tal autorización se estima necesaria, en razón a las particulares condiciones de la menor Diana Maritza.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### Competencia

6. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

Temas jurídicos constitucionales a tratar.

7. En el presente caso se observan diversos problemas de carácter constitucional que no fueron considerados en las instancias. El primer punto tiene que ver con la legitimidad en la causa, tema que se ha desviado por la solicitud de autorización de la intervención al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El segundo, se relaciona con el precedente derivado de la sentencia T-850 de 2002. El tercer punto se relaciona con la existencia o no de una violación de los derechos fundamentales de Diana Maritza Berrío Jiménez.

La Corte, en su función de unificar la jurisprudencia en materia constitucional, abordará de manera independiente cada uno de estos asuntos y fijará reglas en ambas materias.

### Legitimación en la causa

De lo anterior surge como problema jurídico si el juez de tutela es la autoridad competente para autorizar la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante de la menor. Prima facie podría aducirse que es de su resorte, en la medida en que están en juego derechos fundamentales de la menor. Empero, tal como lo establece el artículo 86 de la Constitución, la tutela es un mecanismo subsidiario, que únicamente opera ante la ausencia de otro medio judicial de defensa efectivo.

9. El artículo 554 del Código Civil establece:

“El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a si mismo o cause un peligro o notable incomodidad a otros.

Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, encerrado, ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquier persona del pueblo, se obtiene autorización

judicial para cualquiera de estas medidas”.

Una interpretación literal de esta disposición supondría que ella únicamente se refiere a la protección de la libertad personal de la persona demente. Ante la ausencia de disposiciones que regulen lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de las personas que tienen problemas mentales, cabría preguntarse si esta disposición le es extensible.

A fin de que proceda la aplicación analógica de una norma a un hecho no regulado expresamente en ella, debe analizarse cuál es la ratio legis de la norma. Si tal ratio razonablemente cubre la situación no prevista expresamente, resulta admisible la extensión del mandato normativo. En el presente caso se observa que el legislador ha establecido la siguiente regla: si existe intención de restricción del derecho a la libertad del demente, debe existir autorización judicial. Ello podría entenderse como desarrollo natural de las normas constitucionales relativas a la restricción de la libertad personal mediante autorización judicial, hoy en día regulado en el artículo 28 de la Carta. Razón por la cual se podría aducir que la ratio legis no cubre el evento que la Corte considera en esta oportunidad y, por lo mismo, estaría vedada la aplicación analógica de la norma al caso en cuestión.

10. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar que en virtud de la supremacía de la Constitución, surgen diversos deberes en relación con la interpretación y aplicación del ordenamiento legal. Entre ellas, la aplicación del principio hermenéutico de interpretación conforme. En sentencia C-1026 de 2001, la Corte analizó algunas de las reglas que se derivan de dicho principio:

“En primer lugar, tal y como se ha reiterado en varias oportunidades, está el principio de interpretación conforme, según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto.”

Para el caso que ocupa a la Corte, no puede perderse de vista el mandato del artículo 13 de la Constitución, según el cual “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. La principal protección de estas personas, entre las cuales claramente se puede ubicar a una que padezca esquizofrenia, epilepsia y graves problemas de atención, se dirige a la salvaguardia de sus derechos constitucionales y en particular los fundamentales.

Si por otra parte se tiene en cuenta la estructura decimonónica de protección de los incapaces, entre ellos los dementes, se observa que en términos generales las formas de curaduría o tutela se dirigen a la administración del patrimonio del incapaz. En este orden de ideas, la exigencia de autorización judicial para disponer de la libertad de un demente, en el contexto del siglo XIX, significa que la disposición (en este caso restricción) de un derecho constitucional se difería al juez. La igualdad por su parte, no puede olvidarse, se resolvía con un tratamiento igualitario en la ley.

De acuerdo con lo anterior, la madre de la menor tenía la obligación de obtener una autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica dispuesta por el médico tratante. Mientras no se lograra dicha autorización, no podía la acudiente (en este caso la madre de la menor) solicitar al juez constitucional la protección de los derechos de la paciente. Sobra decirlo, el Seguro Social tampoco podía solicitar autorización del ICBF. En dicho proceso judicial, no sobra indicarlo, debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. Si se trata de un mayor de edad, tampoco debe olvidarse, la ley exige declaración previa de su estado, por medio de una interdicción de sus derechos.

Por último, debe advertirse que, tratándose de un menor de edad, la ley asigna patria potestad al padre y a la madre. De allí que, salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia o abandono- o uno de los dos hubiese perdido la patria potestad, deben acudir ambos a solicitar la autorización judicial.

La sentencia T-850 de 2002. El alcance del precedente en la materia.

11. En sentencia T-850 de 2002, se analizó un caso en el cual el Seguro Social se negaba a practicar una tubectomía en una mujer (19 años) con epilepsia y retardo mental, se

estableció como regla que si existía necesidad médica (incompatibilidad entre tratamiento de la epilepsia y prevención de embarazo o riesgos durante el embarazo) y posibilidad futura de lograr condiciones que permitieran el consentimiento (ejercicio de la autonomía), no era posible que se practicara la intervención. Lo anterior, con el objeto de proteger el derecho a la autonomía, que no se agota en el estado mental de la persona. En dicha oportunidad, la tutela fue interpuesta por la madre de la paciente, ante la negativa del Seguro Social de practicar la intervención.

De acuerdo con lo anterior, existiría un precedente en la materia y bastaría condicionar la decisión a dicha regla. Empero, en el presente caso, como ya se indicó, el Seguro Social no se ha negado a realizar la tubectomía, sino que se ha dilatado la intervención en espera de la autorización del ICBF. Así mismo, no existe información sobre las condiciones personales de la menor, que permitan establecer si existe necesidad médica o si tiene posibilidad de lograr condiciones mentales dirigidas a ejercer un consentimiento futuro, lo cual, como ya se vio, debe ser analizado por un juez de la República en su momento. Ello implica que se abre un abanico de posibilidades derivadas de la conjugación de estos dos factores.

12. En la citada sentencia, la Corte estableció dos elementos a considerar: necesidad médica y consentimiento futuro. Así mismo, analizó y estableció una regla para el caso en que hubiese necesidad médica y posibilidad de consentimiento futuro. Resta por analizar las otras tres posibilidades: (i) necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (ii) no existencia de necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (iii) urgencia y posibilidad de consentimiento futuro. Finalmente, (iv) inexistencia de necesidad médica y posibilidad de consentimiento futuro

El cuarto caso no merece mayores consideraciones, pues dado que no existe indicación médica sobre la necesidad de la intervención y la posibilidad de lograr consentimiento futuro, debe desplegarse la protección absoluta a la autonomía. Por su parte, el tercer caso resulta inverso. Ante la urgencia, debe darse prioridad a la intervención médica, sin que pueda invocarse el consentimiento futuro, pues resulta razonable suponer que la persona habría consentido en la protección de su vida, integridad física o salud. El asunto constitucional se torna complejo en los casos 1 y 2.

13. En la sentencia T-850 de 2002, la Corte hizo un gran énfasis en la necesidad de proteger

la autonomía personal. Tal énfasis surge de las dudas que los dictámenes médicos arrojaban sobre la supuesta incapacidad mental de la paciente en dicha ocasión. De ello se deriva, que ante la duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, debe asumirse que tal posibilidad existe. Se trata de una suerte de *in dubio pro paciente*, que se explica por la necesaria protección a la autonomía individual. Cosa distinta ocurre cuando, de acuerdo con el estado del arte, se puede sostener con un razonable (alto) grado de certeza que la persona no va a poder alcanzar un nivel tal de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para realizar una intervención quirúrgica.

Si se presenta tal circunstancia y, además, existe una razón médica para realizar el tratamiento (caso 1), bastará la autorización judicial para que ésta se realice. Ante la inexistencia del ejercicio de la autonomía individual, impera la razón médica, dirigida a salvaguardar la vida, integridad física o salud del paciente.

14. En la segunda hipótesis, en la cual no existe imperativo médico y tampoco existe posibilidad de lograr un consentimiento futuro, surge la pregunta de si la intervención quirúrgica puede autorizarse. La Corte únicamente considerará esta hipótesis en relación con la tubectomía.

A primera vista podría considerarse que si no existe razón médica para realizar la tubectomía, no podría ser autorizada, por cuanto implicaría una violación a la integridad física de la paciente y la anulación de los derechos a tener familia y a decidir el número de hijos.

El derecho a tener familia y a decidir el número de hijos. Proyección de la autonomía individual.

15. En el caso particular de la tubectomía, el consentimiento informado supone que la persona tiene capacidad (real) de comprender que tal intervención limitará o anulará la posibilidad de tener hijos y de conformar una familia (por vía de descendencia). El consentimiento informado no se limita a autorizar la realización de la intervención, sino que comprende el conocimiento sobre y la asunción de las consecuencias derivadas de la misma, así sean pasajeras.

En este orden de ideas, la inexistencia de posibilidad de otorgar consentimiento informado

para realizar una tubectomía, implica que también existe imposibilidad de decidir sobre la conformación de una familia y sobre el número de hijos que se desea. Es decir, no se podría limitar o anular los derechos en cuestión, pues la persona está en incapacidad para ejercerlos.

16. Se podría oponer que esta postura propugna por una definición exclusivamente funcional de los derechos, cuando debe protegerse in abstracto la posibilidad de decidir sobre la conformación de una familia y sobre el número de hijos que se desea, puesto que, tal como la Corte Constitucional lo ha precisado, la autonomía no se puede reducir a la capacidad mental de la persona.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe la Corte indagarse por la situación inversa: ¿puede una persona, que no puede (ni podrá) comprender las consecuencias derivadas de un embarazo o asumir las consecuencias del mismo, ser forzada a soportarlo? A esta pregunta surge una objeción inmediata: ¿cuál es la relación con el presente caso? Una persona de las características de la menor Diana Maritza, puede ser víctima de atentados contra la libertad y el pudor sexual, de los cuales existe la posibilidad de que quede en estado de embarazo. ¿La protección de las personas en debilidad manifiesta se limita a evitar que sean víctimas de abusos y hechos punibles, o se extiende a prevenir las posibles consecuencias de tales hechos punibles?

17. El derecho a conformar una familia y decidir sobre el número de hijos tiene consecuencias importantes para la persona. La mujer que decide ser madre y, así, conformar una familia, al igual que el hombre que se convierte en padre, adquiere una posición de garante de los derechos del menor. Tal posición implica que tiene deberes específicos de cuidado del menor. En el código del menor (D.2737 de 1989), se ha establecido que un menor se encuentra en situación de abandono o peligro cuando las personas encargadas de su cuidado (su garante, que corresponde en principio a la madre y al padre) “carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor” (art. 31 num. 2 del D. 2737 de 1989). Lo anterior implica que el legislador, en aras de proteger al menor, ha entendido que una persona con deficiencias mentales no puede ostentar la calidad de garante de los derechos de un menor y, por lo mismo, puede ser despojado del cuidado del mismo y ser obligado a someterse a tratamiento psiquiátrico (arts. 57 y 58 del Decreto 2737 de 1989).

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿cómo evitar que una mujer con problemas mentales que le impiden decidir sobre la conformación de una familia, se convierta, ante hechos abusivos y punibles de terceras personas en su contra, en mera reproductora? En efecto, como no puede jurídicamente conformar familia, ¿cómo se justifica que si pueda tener hijos? Nuevamente, por razones de dignidad humana resulta necesario proteger, aquí si, in abstracto su derecho a la autodeterminación sobre su cuerpo. Mientras no consienta, al igual que toda mujer, no puede ser forzada a ser madre biológica. Por lo anterior, debe autorizarse la tubectomía.

Derecho fundamental violado por el Seguro Social.

18. En el presente caso la demandante interpuso acción de tutela por la demora del Seguro Social en realizar la tubectomía, supuestamente derivada de la ausencia de contratos con centros que la realizaran. Si bien en el proceso se demostró que la demora se explica por la solicitud de autorización al ICBF que hiciera el Seguro Social, debe la Corte establecer si el argumento de la demandante tiene asidero. Lo anterior, por cuanto los jueces de instancia negaron la tutela bajo la consideración de que al no existir vínculo alguno entre la tubectomía y la recuperación de las capacidades mentales de la menor Diana Maritza, no existía violación del derecho a la salud u otro derecho fundamental por razones de conexidad.

De los argumentos expuestos por los jueces de instancia se desprenden dos reglas: (i) que sólo es exigible por vía de tutela las intervenciones quirúrgicas que impliquen una mejoría de la salud mental del paciente y (ii) que el derecho a la salud sólo comprende el derecho a mejorar una situación de enfermedad previa. Si bien es posible subsumir la primera regla dentro de la segunda, como se verá más adelante, existen razones para analizarlas de manera separada.

19. En relación con la segunda regla, la Corte ha precisado que el derecho a la salud comprende la garantía de condiciones de bienestar físico y psíquico de la persona. Así, resultan, en principio, comprendidas soluciones médicas que no superen la enfermedad, sino que la hagan soportable.

En el presente caso el juez de primera instancia carecía de elementos de juicio que le permitieran evaluar la necesidad médica de la tubectomía. Ante la inexistencia de tales

elementos de juicio, la solución a la que arriba el juez resulta insostenible por ausencia de una justificación admisible y suficiente. Es más producto de una apreciación personal del fallador, que de un juicio objetivo sobre la situación fáctica sometida a su decisión.

20. El derecho fundamental al debido proceso se ha comprendido eminentemente como un asunto adjetivo. Así mismo, se ha entendido como la obligación de quienes interpretan y aplican el derecho, de hacerlo de manera compatible con la Constitución. Estas posturas recogen una concepción tradicional del procedimiento, guiado por el principio de que la toma de decisiones comprende una serie de pasos, que garantizan la transparencia de la misma, la participación de los afectados en la discusión sobre los elementos que deben estar presentes en la decisión -v.gr. valoración probatoria, posturas sobre la interpretación del derecho y, en general, los derechos de defensa y de controversia probatoria- y la decisión misma conforme a la Constitución.

21. La Corte se pregunta si con ello se agota el derecho al debido proceso. El objeto del derecho al debido proceso no se limita a garantizar la observancia de las etapas procesales, la lealtad de las partes, la imparcialidad del juez o funcionario, el respeto por el derecho de defensa, etc. El debido proceso debe entenderse como una protección de una cadena de actuaciones y oportunidades de actuación dirigidas a producir un resultado determinado. De manera ordinaria se entiende que el resultado es la producción de una sentencia judicial o un acto administrativo particular. Sin embargo, en otros eventos comprende la realización de ciertas conductas efectivas, como por ejemplo la realización de un desalojo, la efectiva modificación del registro de instrumentos públicos, la efectiva modificación de un registro de nacimiento, etc.

En relación con los derechos económicos y sociales, el debido proceso comprende la prestación efectiva que garantiza el derecho. Así, por ejemplo, el derecho a la educación se garantiza, entre muchas formas, con la existencia de un cupo escolar. El debido proceso garantiza que a la persona efectivamente le sea adjudicado dicho cupo escolar.

22. De conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público a cargo del Estado. La disposición constitucional no regula lo atinente al derecho a la salud, que se encuentra establecido en el Protocolo de San Salvador y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al establecerse que el

Estado es responsable (“servicio público a cargo de”) del servicio público de salud, el Estado asume la posición de garante de la salud de los residentes dentro del territorio. En el momento en que se autoriza a particulares a prestar el servicio de salud, en particular a través del sistema de seguridad social en salud, estos asumen también el carácter de garantes del servicio público de salud.

La posición de garante en relación con un servicio público (así como con una función pública), implica que el prestador del servicio tiene que asumir determinadas cargas prestacionales que se concretan en la obligación de ofrecer todos los servicios puntuales inherentes y dispuestos normativamente, en relación con el servicio. Tales prestaciones tienen carácter fundamental en la medida en que (i) la existencia abstracta del derecho se define por la efectiva prestación del servicio, (ii) ello es un corolario natural del deber de respeto del Estado y protección frente a particulares respecto de obligaciones fijadas normativamente (obligación in genere de no impedir el goce de un derecho fijado y precisado normativamente) y (iii) en la medida que la existencia de un garante del derecho priva al ciudadano de obtener el servicio por cualesquiera medios considera pertinente.

El acceso a los servicios de salud y la prestación efectiva de un servicio comprendido dentro de las normas que regulan la materia, se protege mediante el debido proceso. La persona no puede acudir a un centro médico y simplemente demandar el servicio. Debe someterse a una serie de pasos -revisión médica, orden médica, autorización de la E.P.S- antes de que le sea brindado el servicio. Tales pasos comprenden un debido proceso y quien asume la posición de garante del derecho a la salud -primariamente el Estado o las empresas autorizadas (E.P.S. A.R.S., E.S.E, etc.), tienen la obligación de respetar el debido proceso, con independencia de si con ello se resuelve de manera directa o indirecta un problema de salud. Basta que se haya llegado al momento del procedimiento de atención médica en la cual se ordena la realización de la intervención o prestación del servicio, para que éste sea exigible y así culminar el procedimiento de atención médica.

De lo anterior se desprende que no sólo estaba en juego el derecho a la salud de Diana Maritza Berrio Jiménez, sino que también existía una posible amenaza a su derecho fundamental al debido proceso. Se ha probado que tal amenaza no se tradujo en violación del derecho, habida consideración de que la E.P.S. -Seguro Social- no había ordenado la realización de la tubectomía, puesto que estaba en espera de la decisión del ICBF.

### III. DECISION

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. Confirmar, por las razones expuestas en esta sentencia, las sentencias del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín y de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demandante.

Segundo. Ordenar que por conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se le informe a la demandante sobre los trámites, en los términos indicados en la presente sentencia, que debe realizar a fin de poder solicitar a un juez de la República que autorice la práctica de una tubectomía en su hija Diana Maritza Berrío Jiménez.

Tercero. Ordenar al Seguro Social que en lo sucesivo se abstenga de practicar tubectomías o intervenciones que afecten la autonomía personal de personas con limitaciones mentales, hasta que no se obtenga la autorización judicial respectiva o que se trata de una situación de urgencia o imperiosa necesidad.

Cuarto. Ordenar que por Secretaría General se comunique esta sentencia al Ministerio de Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Quinto. Libérense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General