

Sentencia T-274-09

Referencia: expediente T-2.126.629

Acción de tutela instaurada por Luis Erney Carmona Restrepo contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado Comfenalco

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. trece (13) de abril de dos mil nueve (2009)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la acción de tutela instaurada por Luis Erney Carmona Restrepo contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado Comfenalco.

### I. ANTECEDENTES

El Ciudadano Luis Erney Carmona Restrepo interpuso acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado Comfenalco con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad, los cuales habrían sido infringidos, de acuerdo con la exposición realizada en el escrito de demanda,

como consecuencia de la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala de Revisión:

1.- El accionante se encuentra afiliado al régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en el nivel II del SISBEN y le fue asignada como Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado la entidad Comfenalco.

2.- El día 5 de abril de 2008 al demandante le fue diagnosticada una “Disminución indeterminada de la agudeza visual en ambos ojos”<sup>1</sup>, razón por la cual el médico tratante ordenó “evaluación y manejo por oftalmología”<sup>2</sup>.

3.- Al solicitar la iniciación del aludido proceso de valoración médica, el demandante recibió respuesta negativa por parte de la entidad demandada, oportunidad en la cual le informaron que dicha solicitud debía ser realizada mediante la interposición de una acción de tutela. Sobre el particular, en el escrito de demanda el Ciudadano manifestó lo siguiente: “Realicé las gestiones necesarias para acceder al servicio requerido pero lo niegan, me dicen que tiene que ser por tutela”<sup>3</sup>.

Con fundamento en los hechos narrados, el accionante solicitó al juez de amparo conceder protección a sus derechos fundamentales supuestamente infringidos mediante la emisión de una orden judicial en virtud de la cual las entidades demandadas sean llamadas a prestar de manera inmediata la atención médica requerida.

## II. Intervención de las entidades demandadas

2.1.- Por medio de escrito presentado el día 11 de septiembre de 2008, la señora Ana María Ospina Vélez, obrando en calidad de apoderada especial de la Caja de compensación Familiar Comfenalco, solicitó al juez de primera instancia integrar el contradictorio mediante la vinculación de la Dirección Seccional de salud de Antioquia y, en lo atinente a su eventual responsabilidad por la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, solicitó declarar la improcedencia de la reclamación. De manera subsidiaria, demandó de la autoridad judicial autorización para recobrar los montos correspondientes a los servicios y prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Como único fundamento de la oposición indicada, la representante señaló que de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Acuerdo 306 de 2005 del CNSS la atención de esta dolencia no se encuentra incluida en el POS-S, con lo cual la entidad demandada no estaría llamada a prestar dichos servicios pues tal deber le correspondería, a su juicio, a la Dirección Seccional de salud de Antioquia.

2.2.- Mediante oficio recibido el día 12 de septiembre de 2008, el señor Carlos Mario Rivera Escobar, Secretario de la Dirección Seccional de salud de Antioquia, instó al juez de amparo a exonerar a la Dirección del eventual llamamiento de responsabilidad en el proceso de tutela promovido por el demandante. Al respecto, luego de transcribir apartes de la Ley 1122 de 2007 y de la sentencia C-463 de 2008 proferida por esta Corporación, manifestó que la prestación del servicio médico sólo resulta exigible a la Empresa Promotora del Régimen Subsidiado y que, por tal razón, la Dirección no se encontraría llamada a garantizar la prestación del servicio médico requerido.

### III. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1.- Mediante sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2008, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí amparó los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana del señor Carmona Restrepo. Como fundamento de la decisión, el a quo indicó que la dilación a la cual ha sido sometido el accionante al demandar los servicios de salud constituye una grave violación de sus derechos fundamentales pues éstos deben ser prestados de acuerdo con los principios de continuidad, oportunidad e integralidad que presiden el derecho a la salud, según lo ha señalado ampliamente esta Corporación. Por consiguiente, ordenó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia disponer lo necesario para que se le practicara al accionante la correspondiente valoración por oftalmología.

3.2.- En oficio remitido el día 23 de septiembre de 2008 el apoderado de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia presentó recurso de impugnación en contra de la decisión adoptada en primera instancia, para lo cual reiteró los mismos argumentos que habían sido expuestos en el escrito de contestación de demanda.

3.3.- Por medio de providencia suscrita el día 23 de octubre de 2008, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó la decisión proferida por el a

quo en atención a que, en su criterio, la dolencia padecida por el accionante no compromete gravemente su estado de salud. En consecuencia, indicó que en aplicación del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 86 del texto constitucional el demandante debe agotar el procedimiento establecido en el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 en el cual la Superintendencia Nacional de Salud hace ejercicio de funciones jurisdiccionales, lo cual descarta la procedencia de la reclamación intentada.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### 1.- Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

##### 2.- Problema jurídico

Con el objetivo de resolver la controversia que ha sido planteada a la Sala de Revisión, es necesario dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿resulta atendible la solicitud de amparo del derecho fundamental a la salud de un Ciudadano que se encuentra afiliado al régimen subsidiado del nivel II del SISBEN, mediante la cual se pretende obtener la práctica de un examen prescrito por un médico adscrito a la EPS-S que ha sido negado debido a que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado? Para efectos de dar solución a este interrogante, la Sala encuentra oportuno adelantar una reiteración jurisprudencial acerca de la protección ofrecida a la salud como derecho fundamental y, en segundo término, sobre el derecho al diagnóstico como elemento de la anterior garantía iusfundamental. Con fundamento en las consideraciones indicadas, procederá la Sala a revisar las providencias judiciales emitidas en el proceso de la referencia.

Protección constitucional ofrecida a la salud en tanto servicio público y derecho fundamental

En copiosa jurisprudencia<sup>4</sup> esta Corporación se ha ocupado de establecer el alcance de la protección ofrecida a la salud por el texto constitucional y los cuerpos normativos que conforman el bloque de constitucionalidad como bien jurídico en nuestro ordenamiento. Sobre el particular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 superior, se observa que, en desarrollo de su primera configuración, la salud ha de ser considerada un servicio público. Textualmente la disposición en comento establece lo siguiente: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. En consecuencia, tal como fue puesto de presente por esta Corporación en sentencia T-1041 de 2006, de acuerdo con esta orientación se concluye que corresponde a la organización estatal asegurar la efectiva prestación del servicio de salud, tarea que debe ajustarse a los postulados de universalidad, solidaridad y eficiencia que la Constitución Nacional ha consagrado como principios rectores de tal actividad.

A la anterior aproximación es preciso añadir la configuración de la salud como derecho fundamental autónomo, asunto que ha sido objeto de abundante desarrollo por parte de la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup>.

En este punto es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre el alcance del derecho a la salud. De manera textual, el aludido instrumento internacional prescribe lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental / Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”<sup>6</sup>

(Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, de acuerdo con el Pacto, la salud no es sólo un servicio público, sino que recoge principalmente un derecho fundamental de carácter subjetivo que da pie a la exigencia de obligaciones in concreto por parte de sus titulares. De manera puntual, en opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano de expertos encargado de vigilar el cumplimiento del tratado por parte de los Estados signatarios- “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos”<sup>7</sup>(énfasis fuera de texto).

En este punto resulta oportuno destacar la señalada importancia de este tratado como referente normativo para establecer el alcance del derecho fundamental a la salud: según ha sido dispuesto en el inciso 2° del artículo 93 superior “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; por consiguiente, al momento de examinar el alcance de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, el operador jurídico se encuentra llamado a tener en cuenta lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes que haya suscrito el Estado Colombiano.

Tal ejercicio interpretativo, en virtud del cual dicho operador se halla compelido a tener en cuenta y dar aplicación a la normatividad internacional, trae consigo significativas consecuencias que se ajustan al propósito de brindar al ser humano la más amplia protección posible en cuanto a sus libertades fundamentales. Dicha aseveración encuentra sustento en que los tratados de derechos humanos suelen contener una regulación mucho más específica y puntual que aquella que pueda ser realizada dentro de los textos constitucionales, los cuales, por su naturaleza, deben regular un considerable cúmulo de asuntos que se oponen a una descripción regulativa pormenorizada. De ahí resulta que los Convenios internacionales firmados por los Estados promuevan un espacio de mayor regulación y detalle que ha de concluir en una reglamentación más garantista a favor del ser humano pues el nivel de especificidad y experticio que reflejan excede las consagraciones constitucionales de tipo puramente nominal y enunciativo en materia de derechos fundamentales<sup>8</sup>.

Advertido este asunto, procede la Sala a examinar algunos apartes que resultan

pertinentes para la solución de la controversia que ha sido planteada en el caso concreto, los cuales se encuentran contenidos en la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Vale resaltar, de manera anticipada, que dicha observación –en su calidad de recomendación– adquiere un sólido valor para la jurisprudencia constitucional en la medida en que los pronunciamientos realizados por el Comité a propósito del significado de las cláusulas vertidas en el PIDESC son emitidos en su calidad de intérprete auténtico de la Convención, la cual, como fue indicado en precedencia, hace parte del texto constitucional gracias a la articulación ordenada por el bloque de constitucionalidad; circunstancia que indica su notable valor interpretativo para la Corte Constitucional.

En primer lugar, vale resaltar que de acuerdo con los términos empleados por el Pacto, la tarea de asegurar protección a la salud constituye una labor de permanente actualización y perfeccionamiento, razón por la cual los Estados no pueden justificar el alcance de un determinado grado de satisfacción del derecho para cesar los esfuerzos que permitan un mejor cumplimiento. Tal es el sentido según el cual debe comprenderse “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Aunado a lo anterior, dicha estructura del derecho se ajusta al mandato de progresividad señalado en el artículo 2° de la Convención, el cual prescribe a las organizaciones estatales el deber de adoptar las medidas que sean necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En este entendido, la salud no ha de ser comprendida de manera exclusiva como la facultad de goce de un determinado conjunto de condiciones biológicas que permita la existencia humana<sup>9</sup>, pues esta garantía “abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”<sup>10</sup>. De ahí resulta que el derecho a la salud ha de ser considerado dentro de un complejo contexto en el cual se

observan los vínculos que guarda esta garantía con otros derechos fundamentales -como el derecho a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, la vida, entre otros-.

Así las cosas, como se sigue de la lectura del contenido del artículo 12 del Pacto y de la correspondiente observación general, el derecho a la salud desborda el exiguo parámetro que sugiere la adopción del criterio del “derecho a estar sano”<sup>11</sup>, con lo cual la vocación de la medicina y del Sistema de seguridad social no puede ser orientada bajo un parámetro exclusivamente curativo, pues la restricción del derecho a la salud a dicho modelo anula por completo el principio de la dignidad humana, toda vez que somete al individuo al padecimiento de enfermedades y dolencias, las cuales -bajo este modelo- sólo pueden ser atendidas una vez se han manifestado de manera efectiva y han ocasionado el deterioro del estado de salud, con la consecuente limitación de las posibilidades vitales de los Ciudadanos.

Ahora bien, en cuanto a la exigibilidad judicial del derecho fundamental a la salud, es preciso anotar que desde sus pronunciamientos más tempranos la Corte Constitucional ha señalado que prima facie esta garantía no podría ser objeto de reclamación por vía de tutela<sup>12</sup>. Esta conclusión se apoya principalmente en dos consideraciones que, en principio, surgen de la esencia misma del derecho. En primer lugar, el Tribunal se ha valido de la clasificación ampliamente difundida por la doctrina y la jurisprudencia, según la cual el proceso histórico que permitió la consolidación de los derechos humanos enseña una categorización de éstos de acuerdo con las pretensiones exigibles. Con base en esta tipificación, la cual facilita el reconocimiento de tres grupos -generaciones- de derechos, la Corte ha sostenido que el carácter prestacional del derecho a la salud, propio de los derechos de segunda generación, obstaculiza su consolidación como derecho fundamental.

Al respecto, esta Corporación ha señalado la imprecisión de esta categorización de los derechos fundamentales en la medida en que sólo explica de manera rigurosa tales derechos como producto histórico, esto es, da cuenta del surgimiento y posterior evolución de tales garantías sin ahondar de manera suficiente en la manera en que éstos deben ser satisfechos, puesto que en ningún caso el cumplimiento de un derecho fundamental depende de la observación exclusiva de un deber, bien de abstención o de prestación.

En tal sentido, en sentencia T-557 de 2006 esta Sala de revisión precisó que “Debe afirmarse que esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos, y desconoce pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes<sup>13</sup>”.

Ahora bien, en cuanto a la segunda consideración anunciada, en virtud de la cual el derecho a la salud no podría ser objeto de reclamación ante instancias jurisdiccionales, se encuentra el asunto de la indeterminación normativa de su contenido. Sobre el particular esta Corporación ha indicado que la labor de establecer las prestaciones que, en suma, configurarían su objeto de protección no corresponde al juez constitucional, en la medida en que supone un acuerdo estructural sobre el conjunto de obligaciones exigibles por los titulares del derecho, el cual, a su vez, impone una ordenación de las necesidades a satisfacer teniendo en cuenta un amplio abanico de condiciones, como el costo de las prestaciones, la prevalencia de éstas, la urgencia de ofrecer especial protección a ciertos grupos vulnerables, entre otras.

Según ha sido puesto de presente por esta Corporación<sup>14</sup>, el reconocimiento de la salud como derecho de naturaleza fundamental no conlleva de manera inmediata a que cualquier controversia relacionada con su posibilidad de goce haya de ser decidido por el juez de tutela. Al respecto, en sentencia T-860 de 2007 la Corte indicó lo siguiente:

[U]no de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el de señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, porque los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.

Pese a la razonable restricción que acaba de ser indicada, es menester hacer hincapié en

que, de acuerdo con lo dispuesto en el PIDESC a propósito de las obligaciones exigibles al Estado Colombiano en el caso de los derechos sociales –categoría dentro de la cual se encuentra incluido el derecho a la salud-, la organización estatal está llamada a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En ese sentido, la responsabilidad del Estado que resulta exigible a partir de la adopción del Pacto no se agota en la expedición de instrumentos legislativos que desarrollen el alcance del derecho a la salud pues el deber principal en cabeza de la organización consiste en hacer uso de “todos los medios apropiados” para hacer efectiva esta garantía, lo cual supone la participación de las demás ramas del poder público en dicha empresa mediante la adopción de políticas públicas y decisiones judiciales.

Sobre este punto específico, en sentencia T-580 de 2007 esta Corporación indicó que el diseño de acciones judiciales avanza en el esfuerzo asumido por el Estado Colombiano al suscribir el PIDESC, pues, como fue señalado en la observación general número 7 del Comité encargado de la vigilancia del cumplimiento de este Tratado, “Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad”<sup>15</sup>.

En lo que tiene que ver con la participación del juez de tutela en este cometido, cabe resaltar que le corresponde (i) verificar in concreto que otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, no resulten vulnerados cuando las prestaciones médicas solicitadas no sean concedidas por no haber sido incluidas por las autoridades competentes en los planes de salud<sup>16</sup>. (ii) De igual manera, el juez constitucional debe garantizar la efectiva protección de los sujetos de especial protección, quienes, como en el caso de los niños, gozan de un derecho fundamental autónomo a la salud, que proviene de la consagración expresa en el texto constitucional. (iii) Finalmente, se encuentra llamado a corregir aquellas situaciones en las cuales la actuación de las entidades encargadas “no de cuenta de su contenido esencial para satisfacer la carga mínima que implica garantizar tanto la dignidad de las personas como sus necesidades básicas en salud”<sup>17</sup>.

Concluida esta consideración, procede la Sala a realizar una reiteración jurisprudencial a propósito del derecho al diagnóstico como elemento específico del derecho fundamental a la salud.

### Derecho al diagnóstico

En abundante jurisprudencia<sup>18</sup> esta Corporación se ha ocupado del análisis del derecho al diagnóstico como supuesto indispensable para la adecuada prestación del servicio de salud.

Así, en sentencia T-1181 de 2003 la Corte señaló el contenido preciso del derecho al diagnóstico. En dicha oportunidad esta Corporación indicó que tal garantía confiere al paciente la prerrogativa de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine “las prescripciones más adecuadas” que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.

En igual sentido, en sentencia T-232 de 2004 la Corporación sostuvo que el alcance del derecho a la seguridad social no se agota en la posibilidad de obtener la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica requerida, sino que incluye, como presupuesto esencial, el derecho a un diagnóstico efectivo<sup>19</sup>. Dicho diagnóstico está orientado a precisar, de manera suficiente, la situación actual del paciente, lo cual permite a los facultativos la posibilidad de prestar un adecuado servicio de salud. Dichos exámenes, precisó la Corte, deben ser practicados con “la prontitud necesaria y de manera completa”<sup>20</sup>.

En cuanto a la oportunidad en que debe ser realizado el examen diagnóstico, es preciso resaltar que la urgencia de su práctica no se da en forma exclusiva en aquellos eventos en los cuales la vida del paciente se encuentra en riesgo inminente, pues la demora injustificada en la atención de las enfermedades ordinarias, ocasionada por la falta de diagnóstico, supone un ilegítimo irrespeto al derecho a la dignidad humana, toda vez que dicha actuación dilatoria obliga al paciente a soportar las inclemencias de su

dolencia, siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico<sup>21</sup>.

Sobre el asunto objeto de análisis, en sentencia T-860 de 2008 esta Corporación indicó lo siguiente a propósito de la oposición a la práctica de exámenes que permitan el establecimiento del origen de una determinada dolencia y su posterior atención:

[E]n ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud<sup>22</sup>(énfasis fuera de texto).

Ahora bien, el derecho al diagnóstico guarda, a su vez, íntima relación con el derecho fundamental a la información vital. La persona, como titular del derecho fundamental a la salud en los términos expuestos en la observación general número 14, tiene derecho a controlar su salud y su cuerpo. En tal sentido, para decidir libremente el tratamiento médico que desea recibir dentro del abanico de prestaciones a las cuales se encuentra obligada la entidad prestadora del servicio, es necesario que cuente con la mayor certeza acerca de la fuente patológica de su enfermedad y de todas las consecuencias que se puedan seguir de su continuación. Igualmente, la persona debe conocer las repercusiones que en su salud y en su vida ordinaria pueda tener el tratamiento ofrecido por el médico tratante. Sólo en estos términos se asegura de manera suficiente y respetuosa el derecho a la dignidad humana y el derecho a la autodeterminación en salud.

En conclusión, el derecho al examen de diagnóstico, que se encuentra inmerso en el derecho a la salud y, a su vez, conserva una inescindible relación con el derecho fundamental a la información vital, está orientado a garantizar la consecución de los

siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud, (ii) Determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”. (iii) Iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente, pues, como fue señalado en líneas anteriores, no sólo el derecho a la salud comprende la prerrogativa de recibir atención preventiva, lo cual supone desechar la idea de los fines meramente curativos de la medicina, sino que la dilación del diagnóstico y, por ende, del tratamiento lesiona gravemente el derecho a la dignidad humana.

Así las cosas, el derecho al diagnóstico se encuentra contenido dentro de los “niveles esenciales”<sup>23</sup> que de manera forzosa ha de garantizar la organización estatal en el caso del derecho a la salud. Su importancia adquiere una particular dimensión dado que su eventual vulneración obstaculiza en la práctica el acceso a los servicios y prestaciones establecidas para los regímenes contributivo y subsidiado.

En esta dirección, su desconocimiento impide establecer con grado de certeza, no sólo la patología padecida por los titulares del derecho fundamental a la salud, sino adicionalmente cuáles son las prestaciones que deben ser ofrecidas por el Sistema de Seguridad Social y, de contera, cuál es la responsabilidad que resulta exigible a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, a las entidades territoriales, al Fondo de Solidaridad y Garantía, y demás autoridades que participan en el andamiaje del aludido sistema.

Con fundamento en las consideraciones hasta ahora desarrolladas, procede esta Sala de Revisión a resolver la pretensión de amparo interpuesta por el accionante.

#### Caso concreto

El ciudadano Luis Erney Carmona Restrepo interpuso acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado Comfenalco, entidad a la cual se encuentra afiliado de acuerdo con su calificación en el nivel II del SISBEN, en atención a que esta última negó la “evaluación y manejo por oftalmología”<sup>24</sup> que había sido prescrita por un médico tratante

adscrito al correspondiente cuerpo de profesionales de la salud con el objetivo de iniciar el tratamiento de la “Disminución indeterminada de la agudeza visual en ambos ojos”<sup>25</sup> que padece el accionante.

Como fundamento de dicha oposición la Empresa Promotora demandada manifestó al accionante que el tratamiento de dicha dolencia no se encuentra consignado dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, razón por la cual su reclamación debía ser dirigida ante la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

Según fue indicado en el acápite de precedentes de esta providencia, el juez de primera instancia concedió amparo a los derechos fundamentales del accionante supuestamente infringidos por las entidades demandadas. Por su parte, el ad quem resolvió revocar la anterior decisión y, en consecuencia, negó la protección requerida en atención a que, a su juicio, la disminución de agudeza visual que padece el accionante “no se traduce en un daño irreparable de la visión” razón por la cual no se constituiría un perjuicio irremediable. Por consiguiente, en opinión de esta autoridad, en el caso concreto el demandante se encontraría llamado a dirigir esta solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud dada la existencia de un mecanismo alternativo de protección de sus derechos fundamentales.

Sobre el particular, la Corte encuentra que la conclusión a la cual arribó la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desconoce el derecho fundamental a la salud del accionante en su contenido específico del “derecho al diagnóstico”, en atención a que la actuación desplegada por la Empresa Promotora de Salud demandada impide al ciudadano obtener conocimiento de la dolencia que padece, la cual dicho sea de paso ya ha empezado a hacer mella en su estado de salud por cuanto ha generado una disminución de su capacidad visual; el tratamiento médico al cual debe someterse y, finalmente, el grado de responsabilidad de las entidades que participan en el Sistema de seguridad social para asegurar la prestación de dicho servicio. En tal sentido, observa la Sala de Revisión que esta determinación, adoptada bajo el argumento de la exclusión del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, resulta inaceptable dado que parte de una errada concepción del derecho a la salud en virtud de la cual éste sólo habrá de ser objeto de amparo cuando quiera que la vida del paciente se encuentre gravemente comprometida. Tal consideración no sólo se opone al derecho

fundamental a la salud, entendido como “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” según fue explicado en precedencia, sino adicionalmente, a la dignidad humana por cuanto somete al accionante a la necesidad de soportar toda suerte de dilaciones siempre que la conservación de su vida no se encuentre en riesgo inminente.

En tal sentido, la Sala de Revisión estima necesario indicar que, en sentido contrario al criterio expuesto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, las autoridades judiciales no cuentan con el experticio y los conocimientos técnicos necesarios para ponderar la urgencia de la práctica de un examen médico pues este tipo de valoraciones sólo pueden ser realizadas por profesionales de la salud que conozcan de primera mano la situación del paciente. Por tal razón, para la Sala de Revisión adquiere particular relevancia el que la práctica del examen haya sido prescrita por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, pues de acuerdo con las circunstancias del caso, sólo él se encuentra en condiciones de determinar el procedimiento a seguir para efectos de atender la dolencia padecida por el ciudadano.

Por consiguiente, la Sala de Revisión no puede prohiar en forma alguna la posición acogida por el ad quem, en virtud de la cual la disminución de la visión del demandante “no se traduce en un daño irreparable de la visión” puesto que tal conclusión sólo puede ser realizada por un médico experto en la materia con pleno conocimiento de la situación específica en la cual se encuentra el paciente. En esta oportunidad resulta imperioso resaltar que la única forma de controvertir una opinión médica se da mediante la emisión de un criterio alternativo proveniente de un galeno igualmente capacitado; mas el juez de tutela no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial.

Ahora bien, en cuanto a la existencia de un mecanismo judicial alternativo, la Sala de Revisión encuentra oportuno reiterar el precedente establecido en la sentencia C-119 de 2008 mediante la cual la Corte declaró la exequibilidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. En dicha oportunidad, la Sala Plena de esta Corporación indicó que la creación de la competencia atribuida a la Superintendencia Nacional de Salud en virtud de la cual esta autoridad habrá de decidir con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez

asuntos referentes a la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario” de ninguna manera desplaza la competencia residual ofrecida al juez de tutela para conceder amparo a los derechos fundamentales infringidos de acuerdo con el artículo 86 superior.

En esta ocasión el perjuicio irremediable consiste en que la omisión atribuible a la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado ha impedido el establecimiento de la causa de la pérdida de la visión del accionante, con lo cual no sólo se encuentra impedido para exigir a dicha autoridad o a la correspondiente entidad territorial la prestación de los servicios y prestaciones requeridos; sino que adicionalmente la situación de incertidumbre de cara a la fuente del padecimiento pone en grave riesgo la conservación de su visión dado que sólo la práctica del examen permite conocer las medidas que han de adoptarse y cuál es el grado de urgencia que ostenta la situación actual del ciudadano.

De tal suerte, de no conceder amparo al derecho fundamental a la salud del accionante la dolencia de origen indeterminado continuaría haciendo mella sin que pudiese establecerse si sus efectos son de carácter irreversible o si eventualmente es necesario iniciar de manera inmediata el tratamiento médico para obtener la recuperación de su salud visual.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, por consiguiente, confirmará la providencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, mediante la cual se concedió amparo a los derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana del señor Luis Erney Carmona Restrepo, por las razones anotadas en esta providencia.

## V. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en la acción de tutela instaurada por Luis Erney Carmona Restrepo contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado Comfenalco. En su lugar, CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí por las razones anotadas en esta providencia.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 5, Cuaderno 2.

2 Folio 5, Cuaderno 2.

3 Folio 5, Cuaderno 2.

4 Sentencias T-1202 de 2004, T-099 de 2006, T-060 de 2006, T-1238 de 2005, T-1162 de 2004, T-354 de 2005, T-1110 de 2004, T-1107 de 2004, T-666 de 2004, T-307 de 2006, T-836 de 2005, T-101 de 2006, entre otras

5 Sentencias C-463 de 200, T-016 de 2007, T-1041 de 2006, T-573 de 2008, entre otras.

6 En el mismo sentido, el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece lo siguiente:

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial

puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos

a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de

salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

7 Observación general número 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” Párrafo 1.

8 Así las cosas, los diferentes tratados internacionales de derechos humanos firmados por

el Estado Colombiano deben ser tenidos en cuenta al establecer el alcance de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional. Esta consideración ha sido empleada por esta Corporación, adicionalmente, como fundamento normativo para la ampliación del bloque de constitucionalidad. Sobre el particular, cabe resaltar que de acuerdo con la versión original de dicha figura -diseñada a partir de la sentencia C-225 de 1995- en materia de derechos humanos, el bloque de constitucionalidad sólo estaría conformado por las reglas de Derecho Internacional Humanitario (artículo 215 superior) y los tratados internacionales sobre derechos humanos no susceptibles de limitación durante estados de excepción (inciso 1° del artículo 93 constitucional). Empero, tal como fue señalado en sentencia T-1319 de 2001, el inciso 2° del artículo 93 ordena la incorporación al bloque de constitucionalidad de aquellos tratados de derechos humanos que, sin consagrar garantías no susceptibles de limitación durante los Estados de excepción, se ocupan de la regulación de derechos que se encuentran consagrados, a su vez, en el texto constitucional.

Dicha conclusión resuelve la cuestión a propósito de la lectura que debe ofrecerse al artículo 93.2 superior, pues en principio esta disposición parece sugerir que el contenido jurídico de los artículos constitucionales sobre la materia se encuentra subordinado a lo que al respecto sea acordado en los tratados internacionales; conclusión que en forma alguna puede hacerse compatible con el principio de supremacía constitucional señalado en el artículo 4° de la carta. En este contexto, la inclusión de estos tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad resuelve la antinomia aparente que se traba entre estas dos disposiciones superiores, dado que por esta vía se asegura la prevalencia del texto constitucional como norma primera del ordenamiento jurídico y, a su vez, se garantiza poder jurídico vinculante a dichos instrumentos, tal como lo pretende el artículo 93.2 en comento.

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas

oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, párrafo 4.

11 Vid supra.

12 Sentencia T-557 de 2006

13 [Cita del aparte transcrito] Cfr. Inter. Alia. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

14 Sentencias T-860 de 2008 y T-016 de 2007.

15 En la misma observación el Comité manifestó lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto”.

16 La Corte ha dado forma a este argumento de protección bajo el nombre de conexidad. Al respecto, Sentencias T-138 de 2003, T-755 de 1999, T-048 de 2005, T-005 de 2005, T-008 de 2005, T-464 de 2005, T-395 de 2005, T-177 de 1999, T-1068 de 2000, entre otras.

17 Sentencia T-557 de 2006.

18 Sentencias T-083 de 2008, T-940 de 2006, T-346 de 2006, T-232 de 2004, T-775 de 2007, T-280 de 2008, T-076 de 2008, T-366 de 1999 y T-367 de 1999.

19 En el mismo sentido, sentencia T-364 de 2003

20 En idéntico sentido, en sentencia T-862 de 1999 la Corporación hizo hincapié en la estrecha relación existente entre el derecho al diagnóstico con los derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la vida, toda vez que de la realización de dichos exámenes suele depender el éxito de los tratamientos médicos, por lo que la eventual omisión en su práctica puede traer como consecuencia resultados lamentables.

21 Sentencias T-178 de 2003 y T-1188 de 2001.

22 En muchos casos la jurisprudencia ha garantizado el acceso a un examen diagnóstico. Entre otras, ver las sentencias T-862 de 1999, T-960 de 2001, T-273 de 2002, T-232 de 2004, T-871 de 2004, T-762 de 2005, T-887 de 2006, T-940 de 2006.

23 Observación general número 3° del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

24 Folio 5, Cuaderno 2.

25 Folio 5, Cuaderno 2.